Sygn. akt: KIO 1360/16

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2016 r. **przez odwołującego:** Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. ul. Bystrzycka 2; 54-215 Wrocław w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad s.f. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2; 91 – 857 Łódź Rejon w Kutnie ul. Wyszyńskiego 13; 99 – 300 Kutno

przy udziale wykonawcy: Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. & R. P 92- 332 Łódź ul. Zbiorcza 2A zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. ul. Bystrzycka 2; 54-215 Wrocław i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład

Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. ul. Bystrzycka 2; 54-215 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. ul. Bystrzycka 2; 54-215 Wrocław kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad s.f. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2; 91 – 857 Łódź Rejon w Kutnie ul. Wyszyńskiego 13; 99 – 300 Kutno stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Pismem z dnia 25 lipca 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a; 02-676 Warszawa wniesiono odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, dalej „Pzp") w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad st.fi. Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź, prowadzącą postępowanie: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Kutnie, ul. Wyszyńskiego 13, 99-300 Kutno.

Odwołującym jest Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. ul. Bystrzycka 24 54-215 Wrocław.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji w dniu 23 marca 2016 r. i opublikowane w D. Urz. U. E. 2016/S 59-99971 w dniu 24 marca 2016 r.

Przedmiotem zamówienia są: usługi w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego i zieleni przydrożnej w latach 2016-2019 oraz grupy interwencyjnej w latach 2017-2019 w ramach bieżącego utrzymania dróg krajowych i drogowych obiektów inżynierskich administrowanych przez rejon w Kutnie - oznaczonego nr O.Ł.Z-11.2413.1.2016.DL.

Zarzuty odwołania są następujące:
Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu zarzuca naruszenie przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych przez naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164), a w szczególności:
1) art. 7 ust. 1 Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2) 89 ust. 1 pkt 4 i art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji gdy, zaoferowana przez niego cena jest wiarygodna, realistyczna w porównaniu z cenami podobnych zamówień, co Odwołujący potwierdził wyjaśnieniami oraz rynkowymi załączonymi do wyjaśnień dowodami, a także niewybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert pomimo tego, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu w postępowaniu, spełnia wszystkie wymogi

zawarte w SIWZ oraz jest ofertą najkorzystniejszą w świetle zawartych w niej kryteriów oceny ofert.
Odwołujący złożył w związku z wniesionym odwołaniem następujące żądania:
1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3) nakazanie rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz zgodnie z zachowaniem zasad określonych w Pzp, w szczególności uczciwej konkurencji;
4) zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964) oraz rozporządzeniem 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).
Odwołujący wskazał na jego interes w uzyskaniu zamówienia:
Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu w postępowaniu i spełnia wszystkie wymogi zawarte w SIWZ. W świetle kryteriów określonych w SIWZ oferta Odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Pozbawienie uzyskania zamówienia przez Odwołującego naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia oraz utratę wynikającego stąd przychodu.
W uzasadnieniu odwołania przedstawił odwołujący następującą argumentację formalną i prawną.
Dnia 15 lipca 2016 r. (pismo nr O.Ł.Z-11.2413.1.2016.DL, z dnia 15 lipca 2016 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu jego oferty.

Wobec powyższego wniesienie odwołania dnia 25 lipca 2016 r. należy uznać za dokonane z zachowaniem 10-dniowego terminu.
Z zawiadomienia dotyczącego wyniku postępowania, doręczonego Odwołującemu w dniu 15 lipca 2016 r. wynika, iż jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Firmę Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. & R. P, ul. Zbiorcza 92A, 92-322 Łódź.
W piśmie z dnia 15 lipca 2016 r. Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego - Zaberd S.A. z ceną 2 887 873,20 zł brutto nie podlega ocenie - jest ofertą z ceną rażąco niską i że została odrzucona.
Pismem z dnia 18 maja 2016 r. (pismo nr O.Ł.Z-11.2413.1.2016.DL1) Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie zaoferowanej w ofercie ceny. Zamawiający powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o kryterium, do którego punktem odniesienia jest ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia. Zamawiający stwierdził, że jego

wątpliwości, wymagające wyjaśnienia budzi zarówno cena oferty jak i poszczególne elementy oferty mające wpływ na cenę - wysokości zaoferowanych cen wskazanych w kosztorysie ofertowym.
Zamawiający w związku z powyższym poprosił o szczegółowe wyjaśnienie ceny oferty. Swoje pytanie nie odniósł jednak do ceny całkowitej oferty, a do cen jednostkowych - poszczególnych pozycji kosztorysu, uzasadniając, że w pozycjach kosztorysowych 5,7,12,14,16,19,27,36,38,39,40,41,42 i 48 ceny cząstkowe odbiegają o ponad 30% od kosztorysu zamawiającego jak i średniej cen ofert. Zastrzegł, że kalkulacja powinna uwzględniać cały zakres opisu przedmiotu zamówienia dla każdej pozycji kosztorysu. Zamawiający nie wyjaśnił jednak ani czemu pozycje te wybrał, ani tego czy w ogóle mają wpływ na cenę całkowitą oraz możliwość wykonania zamówienia. Zwrócił się jednak o szczegółowe wyjaśnienie pozycji kosztorysu oraz przedstawienie dowodów.
Art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.24));
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
Zgodnie z ust. 3 tego artykułu 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.
W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wyjaśnił podstawy zaoferowanej ceny. W piśmie z dnia 23 maja 2016 r. Odwołujący wyjaśnił podstawy zaoferowanej ceny wraz dowodem, którym jest szczegółowa oferta podwykonawcy wraz ze szczegółową kalkulacją - kosztorysem (zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa).
Odwołujący wyjaśnił, że w swojej ofercie oraz jej wycenie uwzględnił wszystkie elementy związane z wykonaniem zamówienia. W szczególności Zaberd S.A. wyjaśnił, że wszystkie elementy kosztorysu, w tym wskazane przez Zamawiającego w piśmie z 18 maja 2016 r. pozycje zostały wycenione prawidłowo i zyskiem, a także przy uwzględnieniu minimalnego

wynagrodzenia za pracę. W swoim piśmie Odwołujący wskazał także na inne elementy wpływające na ustalenie ceny jego oferty na niższym poziomie niż pozostałych konkurentów.

Potwierdził także, że zamówienie będzie wykonane w zaoferowanych cenach i wg wskazanych tam stawek.
W postępowaniu złożono 8 ofert. Najniższa cena zaoferowana w postępowaniu to cena zaoferowana przez Odwołującego, tj. 2 887 873,20 zł. Najwyższa to 4 224 594,30 zł. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia to: 4 973 226,36 zł. Co do zasady ceny oscylowały pomiędzy wartościami ca 3,3 mln a 3,9 mln zł. Tylko dwie nieznacznie przekroczyły wartość 4 mln zł (tj. ca 4,1 i 4,2 mln zł).
Średnia arytmetyczna cen ofert to: 3 631 260,58 zł. Odejmując od niej 30% otrzymujemy cenę: 2 541 882,40 zł, a zatem cenę znacząco niższą od zaoferowanej przez Odwołującego ceny. Cena Odwołującego jest niższa od średniej cen o 20,47% niższa. Jednocześnie należy zauważyć, że nawet najdroższa, złożona oferta jest niższa o ca 15% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Odnosząc jednak tę relację do najwyższej z cen nieprzekraczających 4 mln zł (takich było 6), różnica powiększa się do ca 22%.
Należy zatem stwierdzić, że pomimo, iż zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną najniższą i nieprzekraczającą 3 mln zł, to jednak nie jest ceną niższą o ponad 30% od średniej cen zaoferowanych w postępowaniu i jest ceną realną, za którą można zrealizować zamówienia należycie i zgodnie z wymaganiami SIWZ. Co więcej, jak udowodnił Odwołujący z niemałym zyskiem.
W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego była o 35,82% niższa od wartości szacunkowej. Nie odniósł się przy tym do średniej cen złożonych ofert, które stanowią realny sposób weryfikacji poziomu cen na dzień składania ofert.
Podkreślił, że w piśmie wzywającym do wyjaśnień stwierdził, że przekazane wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty wpływające na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia ceny.
Pomimo, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu kosztorys określający wycenę wszystkich pozycji, Zamawiający uznał wyjaśnienia za ogólnikowe i przywołał na tę okoliczności orzeczenie z 15 stycznia 2015 r. (Sygn. akt 2766/14). Wskazał przy tym jako próg podejrzenia rażąco niskiej ceny 20% (nieadekwatny do omawianej, spornej sprawy).
Poza tym powołał się na wyroki sądów okręgowych z 2007, 2014 i 2015 r. mówiące o także nieadekwatnych stanach faktycznych i złożenia Jakichkolwiek wyjaśnień", odmawiając złożonym wyjaśnieniom odpowiedniego umotywowania zaoferowanych cen, a także brak możliwości dokonania oceny.
W świetle powyższego nie można uznać, że złożone wyjaśnienia mogą stanowić podstawę do odrzucenia przez Zamawiającego ofertę Odwołującego - Wykonawcy, jako tego który nie złożył wyjaśnień lub złożył wyjaśnienia i dowody, które potwierdzają, że oferta zawiera

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołanie się przy tym na wyroki KIO z 9 lutego 2015, czy SO w Olsztynie z 13 marca 2015 nie jest tu adekwatne.
Problem rażąco niskiej ceny nie jest zagadnieniem nowym. Pomimo wprowadzenia progu 30% różnicy nie zmieniło się to, że żeby mówić o rażąco niskiej cenie Zamawiający musi wykazać, że różnica w stosunku do kolejnych ofert jest na tyle istotna aby można było mówić o rażącej różnicy, a tym samym rażąco niskiej cenie oferty. Warto tu wskazać pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 11 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 273/08, mówiący o przesłankach odrzucenia - cyt. "Tylko wtedy, gdy Zamawiający wykaże rażące zaniżenie ceny w stosunku do czynników obiektywnych (...) ". W badanym przypadku nie wykazano, że nasza oferta opiewa na cenę wyraźnie niższą od pozostałych, złożonych ofert. Zgodnie z internetowym Słownikiem języka polskiego PWN rażący to: "rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży".
Zamawiający przy ocenie, czy oferta w swojej całości zawiera rażąco niską cenę musi brać pod uwagę ogólną cenę oferty (a nie poszczególne pozycje kosztorysu). Stwierdzenie takie można znaleźć na str. 305 w "Prawo zamówień publicznych. Komentarz" Warszawa 2007 r., pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, cyt. "Przy ocenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę ogólną cenę oferty. Zamawiający nie może zatem opierać się wybiórczo na poszczególnych elementach kalkulacyjnych, stanowiących cześć składową ceny".
Warto przy tym podkreślić, że zgodnie z pkt 10.2. SIWZ:
Cenę, o której mowa w pkt. 10.1. należy wyliczyć metodą kalkulacji uproszczonej ściśle

według kolejności pozycji wyszczególnionych w formularzu 2.2.
Sumę wartości brutto wszystkich pozycji (od 1 do 49) w Formularzu 2.2. należy wpisać do Formularza Oferty (Formularz 2.1.) w poz. 3, jako cenę oferty.
Ponadto jak stanowi pkt 10.3. SIWZ cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach I-III SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Formularzu cenowym nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Formularzu cenowym.
Wykonawca w cenie oferty winien uwzględnić koszty pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314). Koszty te winny być uwzględnione niezależnie od tego, czy Wykonawca lub podmiot, który udostępnia Wykonawcy potencjał kadrowy, zatrudnia osoby skierowane do wykonania zamówienia na podstawie umowy o pracę, czy umów cywilnoprawnych.

Pomimo zatem oparcia się o wyliczenia zawarte kosztorysie, widać wyraźnie, że ma on ogólny charakter, ponieważ we wskazanych i nazwanych pozycjach kosztorysu i tak mają się znaleźć koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Formularzu cenowym nie ujęto w odrębnych pozycjach, o cenie oferty przesądza cena całkowita.
Ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny nie może odbywać się przez porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, a także powinno mieć na względzie ceny zaproponowane w innych ofertach oraz zmiany sytuacji na rynku.
Podkreślenia wymaga, że pomimo, iż art. 90 Pzp odsyła w celu porównania zarówno do wartości szacunkowej zamówienia oraz średniej cen rynkowych. Zamawiający całkowicie pominął ten fakt, co jest o tyle istotne, że ceny rynkowe wskazują, iż zaoferowana cena jest bliższa tym cenom a nie wartości oszacowanej przez Zamawiającego.
W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 lutego 2015 r. (Sygn. akt KIO 165/15), skład orzekający stwierdził:
Wskazanie w art. 90 ust. 1 p.z.p. wyznacznika "wartość zamówienia", biorąc pod uwagę dotychczasową wykładnię tego pojęcia, w kontekście konieczności oceny podejrzenia rażąco niskiej ceny, należy interpretować jako wartość szacunkową danego, konkretnego zamówienia, które będzie określone przedmiotem świadczenia (a więc wartość szacunkową z odliczeniem wartości przewidywanych zamówień uzupełniających), jednak obliczoną z należytą starannością, zgodnie z art. 32 ust. 1 p.z.p. jako wartość netto, do której w celu porównywalności tej wartości z wartością ofert złożonych w postępowaniu należy doliczyć kwotę VAT, właściwą dla danego przedmiotu zamówienia.
Rozbieżności między cenami zaoferowanymi a wartością zamówienia pozwalają mieć wątpliwości co do precyzji w jej ustaleniu przez Zamawiającego. Dlatego rynkowa weryfikacja, na którą powołuje się Odwołujący ma zdecydowanie silniejsze uzasadnienie.
W uzupełnieniu powyższej argumentacji i widząc analogię w sprawie, należy także przywołać wyrok KIO, zgodnie z którym: „Pomimo istnienia obszernego w tym zakresie zarówno orzecznictwa sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej brak jest możliwości ustalenia jednolitych zasad oceny wystąpienia lub niewystąpienia rażąco niskiej ceny. Dlatego każdy tego typu przypadek winien być poddany indywidualnej ocenie. Samo oferowanie cen na poziomie znacznie niższym od cen konkurentów wcale nie oznacza, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Rażąco niska cena nie jest zwykle taka cena, która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Wykazanie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Za rażąco niska cenę należy uznać taka cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Za oddaleniem odwołania

według Izby przeważył przede wszystkim fakt, że odwołujący po pierwsze nie udowodnił Izbie, że na wykonywaniu przedmiotowego zamówienia odwołujący poniesie straty. ” (wyrok KIO 207/11).
Warto także przypomnieć argumentację Izby w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. (Sygn. akt KIO 175/14 i 179/14): Izba odnosząc się do podniesionego zarzutu wskazuje że Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, jak również nie wskazuje ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznania z dnia J 7.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07,należy stwierdzić, że "o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne".
Niezależnie od poglądu wyrażonego w innym orzeczeniu KIO: „nawet lakoniczność wyjaśnienia nie może wpływać na ostateczną ocenę oferty danego wykonawcy”. KIO/UZP 58/09), należy podkreślić, iż Odwołujący udowodnił, że wykonanie zamówienia jest możliwe zgodnie z zaoferowaną ceną, a także opłacalne.
Odnotowania wymaga także wyrok z dnia 12 marca 2013 r. (Sygn. akt. KIO 458/13): Rozstrzygając kwestię rażąco niskiej ceny oferty w danych okolicznościach sprawy należy mieć na uwadze, że celem postępowania prowadzonego przez jednostki dysponujące środkami publicznymi jest udzielenie zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, a granica pomiędzy najniższą ceną, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra.
Na zakończenie należy także zwrócić uwagę na wyjaśnienia zawarte w piśmie Urzędu Zamówień Publicznych, w sprawie rażąco niskiej ceny w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (www. uzp. gov.pl). Zwraca się tu szczególnie uwagę na okoliczność, że: wystąpienie przez zamawiającego z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, powinno nastąpić "w szczególności, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”. Sformułowanie ”w szczególności" należy rozumieć jako przykład sytuacji, w której zamawiający powinien mieć, zdaniem ustawodawcy, wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę w zamian za oferowaną cenę.
Rekapitulując, w ocenie Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., z ogólnikowej treści informacji o wyniku postępowania, ani także z treści innych czynności

---

Zamawiającego nie można wywieść żadnego uzasadnienia do nieuwzględnienia wyjaśnień Odwołującego, a także dokonania negatywnej oceny jego oferty i jej odrzucenia. W szczególności Zamawiający nie wykazał, że w zamian za zaoferowaną przez Odwołującego cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia opisanego w SIWZ, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.
Ze względu na powyższe doszło do naruszenia wskazanych przepisów oraz zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji w sposób, który ma wpływ na wynik postępowania oraz naruszający interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w związku z odrzuceniem jego oferty.
W świetle tych okoliczności Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu wnosi jak na wstępie.
Odwołujący wniósł wpis w wymaganym terminie i wysokości oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Jego stanowisko poparł stawiający w sprawie przystępujący po jego stronie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Izba z urzędu na rozprawie przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doręczonej do akt sprawy, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osobę upoważnioną przez kierownika zamawiającego i dokonała następujących ustaleń:

1) Z oferty odwołującego to jest formularza ofertowego i cenowego wynika, że oprócz ceny całkowitej w formularzu ofertowym, odwołujący w formularzu cenowym podał cenę jednostkową (km;m ^{3}) i łączną wycenę uwzględniającą ilości podane przez zamawiającego na poszczególne prace wchodzące w skład zamówienia to jest łącznie 49 pozycji kosztorysu ofertowego;
2) Z protokołu postępowania zamawiającego (1pkt) wynika, że zamawiający w dniu 01.03.2016 r na podstawie kalkulacji cenowej sporządzonej na podstawie cen rynkowych ustalił wartość zamówienia na kwotę 6.749.911,65 zł w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 2.249.970,55 zł, na otwarciu ofert (8 pkt) zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 4.973.226,36 zł brutto; Z pkt 9 protokołu wynika, ze złożono 8 ofert z najniższą ceną oferty odwołującego na kwotę 2.887.873,20 zł. Wykonawca wybrany

złożył ofertę na kwotę 3.291.724,80 zł. a najdroższą ofertę złożył W. W.P. Zakład Zieleni Inowrocław z ceną 4.244.594,30 zł. Z pkt 12 Protokółu wynika, że odrzucono ofertę odwołującego a z pkt 13 najkorzystniejsza to oferta S. & R. P s.c. z Łodzi przystępujący po stronie zamawiającego;
3) Z pisma z dnia 15.07.2016 r. skierowanego do wszystkich uczestników, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, gdzie zamawiający powiadomił o wyborze oferty S. & R. P s.c. w Łodzi przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego oraz poinformował i przedstawił uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego. Z pisma wynika, że ofertę odrzucono na podstawie art.90 ust.3 ustawy Pzp. z racji nie przedstawienia na wezwanie zamawiającego z dnia 18.05.2016 roku wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny. Z analizy badanej oferty wynika, że jej cena odbiega od wartości szacunkowej o 35,82 procent. Zamawiający wymagał aby złożone wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 25.05.2016 roku zawierały stwierdzenie, że wszystkie pozycje jednostkowe kosztorysu zostały wycenione z zyskiem, w tym te o których szczegółowe wyjaśnienie prosił, bez konieczności ich finansowania z innych źródeł. W ocenie zamawiającego przesłane wyjaśnienie nie zawiera żadnych wyjaśnień ani dowodów na potwierdzenie wartości ujętych cen jednostkowych kosztorysu a jedynie odwołujący powołał się na ofertę podwykonawcy, którą załączył do wyjaśnień. Zamawiający stwierdza, że do załączonej oferty podwykonawcy jak i kosztorysu ofertowego tegoż podwykonawcy brakuje szczegółowej kalkulacji oferowanych cen. Zamawiający stwierdza, że brakuje szczegółowej kalkulacji oferowanych cen a takich wymagano w wezwaniu skierowanym do odwołującego w dniu 18.05.2016 roku. W sumie, przesłanych wyjaśnień odwołującego w dniu 25.05.2016 roku wraz z ofertą i cenami jednostkowymi wybranych pozycji kosztorysu podwykonawcy, zamawiający nie uznaje za złożenie wyjaśnień, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4) Z pisma odwołującego z dnia 23.05.2016 r. skierowanego do zamawiającego, które stanowi odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 18.05.2016 roku, w którym wyjaśnia i składa oświadczenia wynika, że jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego zawarte w SIWZ, w tym wszystkie elementy i czynniki mające wpływ na wysokość ceny. Odwołujący ponadto oświadcza, że wszystkie elementy kosztorysu w tym również wskazane w wezwaniu pozycje kosztorysu zostały wycenione prawidłowo, gwarantujące realizację zadania z zyskiem. W kalkulacjach cen jednostkowych uwzględniono koszty w tym z przepisów o

minimalnym wynagrodzeniu. Wycena sporządzona została w oparciu o kompleksową ofertę od Podwykonawcy, która to oferta jest załącznikiem do wyjaśnień i stanowi jego integralną część. Odwołujący również oświadcza, że przyjęcie oferty Podwykonawcy gwarantuje odwołującemu zysk na poziomie 10%, firma Podwykonawcy dysponuje zapleczem sprzętowym znajdującym się w okolicach realizacji zamówienia oraz posiada doświadczenie w wykonywaniu i zarządzaniu pracami tego rodzaju oraz konieczny sprzęt i potencjał kadrowy. Dalej odwołujący wskazuje okoliczności mające wpływ na poziom kalkulacji takie jak na przykład: doświadczenie w utrzymaniu zimowym i letnim dróg; atrakcyjne warunki zakupu, rabaty i upusty cenowe; ograniczenie nowych kontraktów kosztami koordynacji i zarządzania; wprowadzenie do realizacji doświadczonych Podwykonawców. Powyższe daje wymierne korzyści obniżenia kosztów w realizacji zadania związanych z: zarządzaniem i organizacją budowy; organizacją i utrzymaniem zaplecza; kosztami gwarancji, ubezpieczeń; logistyką i zakupami materiałów, sprzętu i badań; doborem Podwykonawców; zatrudnianiem personelu. Odwołujący do wyjaśnień załączył ofertę podwykonawcy z dnia 23.05.2016 r. z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołującemu i zamawiającemu okazano na rozprawie ofertę Podwykonawcy z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa oraz sporządzony przez niego formularz cenowym wg wzoru zamawiającego. Wykaz ten obejmuje wszystkie 14 pozycji, których wyceny w szczególności zamawiający żądał w wezwaniu. Odwołujący podkreślał, że na stronie 14 oferty Podwykonawcy ujęto sumaryczną kwotę niższą niż wynikającą z oferty. Oferta Podwykonawcy nosi datę 19.04.2016 roku i adnotację, że jest ważna 90 dni.

5) Zamawiający pismem z dnia 18.05.2016 r. skierowanym do odwołującego w trybie art. 90 ust 1 Pzp, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty w celu ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia do wezwania jest wartość szacunkowa zamówienia zamawiającego. Wątpliwości budzi zarówno cena ogółem jak i poszczególne elementy kosztorysu mające wpływ na wysokość ceny. W związku z tym zamawiający *poprosił o szczegółowe wyjaśnienie cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych w tym w szczególności poprosił o wyjaśnienie 14 pozycji kosztorysu – formularza cenowego,* które kolejno wymienił. Jako uzasadnienie do wyjaśnienia cen jednostkowych tych czternastu pozycji wskazał, że odbiegają one ponad 30 % zarówno od wartości szacunkowej zamówienia jak i od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Zamawiający nadmienił, że kalkulacja cenowa powinna uwzględniać cały zakres opisu przedmiotu zamówienia dla każdej pozycji kosztorysu ofertowego. *Zamawiający wnosi o podanie*

szczegółów dotyczących składowych elementów cen pozycji kosztorysu ofertowego wraz ze wskazaniem czynników, które zdaniem Wykonawcy mają wpływ na wysokość skalkulowanej ceny oferty wraz z przedstawieniem dowodów, że *podana cena jest realna i wiarygodna , jak również wskazania i opisu obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w szczególności w ustawie wymienionych takich jak: oszczędność wykonania; wybranych rozwiązań technicznych; wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji dostępnych wykonawcy; koszty pracy; wpływu pomocy publicznej .* Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na wysokość ceny a także powinny być poparte stosownymi dowodami tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia ceny. Argumenty mają potwierdzać realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. Wskazane powyżej wyjaśnienia i dowody miały być złożone do 25 maja 2016 roku.

6) Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 24.03.2016 roku w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2016/S 059-099971 ze wskazaniem, że odnoszą się do „usługi w zakresie utrzymania pasa drogowego i zieleni przydrożnej w latach 2016-2019 oraz grupy interwencyjnej w latach 2017 - 2019 w ramach bieżącego utrzymania dróg krajowych i drogowych obiektów inżynierskich administrowanych przez Rejon w Kutnie."

Odwołujący tak jak w odwołaniu tak i na rozprawie ponadto uważa, że odpowiedział we właściwy sposób na żądanie wyjaśnień. *Nie było tam formuły w jaki sposób należy że formularza przedstawić szczegółową kalkulację i uważa, przedstawienie w postaci cenowego oferty podwykonawcy jest wiarygodne z tego powodu, że wykazuje w ten sposób, że można wątpliwe dla zamawiającego pozycje wykonać za ceny w ofercie bo podwykonawca podaje ceny niższe niż podane w ofercie odwołującego.* Powyższa sytuacja zdaniem odwołującego skutkuje możliwością uzyskania zysku po jego stronie z związku z posiadaniem takiej oferty od podwykonawcy. Uważa, że we właściwy sposób odpowiedział na wezwanie zamawiającego, a zamawiający w myśl obowiązującego orzecznictwa np. KIO 1287/14 i KIO 1490/15 wskazuje, że zamawiający ma obowiązek prowadzić wyjaśnienia do skutku skoro wykonawca odpowiedział, a on ma dalej wątpliwości. *I tylko w przypadku w ogóle nie złożył wyjaśnień to może skorzystać z art. 90 ust 3 Pzp. Czystą formą art. 90 ust 3 Pzp jest milczenie wykonawcy na wezwanie, a przecież odwołujący odpowiedział na wezwanie w myśl pytań w tym wezwaniu. Odnosząc się do uzasadnienia w odrzuceniu oferty to dopiero tutaj mówi o całości ceny, a nie o poszczególnych pozycjach i odnosi ją do wartości szacunkowej.* Odwołujący uważa, że wartość szacunkowa, tak mój klient powiedział, jest zawyżona, a dowodem na to jest, że 8 wykonawców złożyło oferty i wszyscy

złożyli poniżej 4 mln zł za wyjątkiem 2 wykonawców, którzy złożyli 4,1 mln zł, 4,2 mln a cena na otwarciu była 4,9 mln zł. *Odwołujący uważa, że skoro najdroższa oferta jest ponad 10% tańsza od wyceny to już* świadczy *o zawyżeniu szacunku, a także przywołuję* średnią *cen gdzie nasza relacja do niej jest poniżej 30% bo wynosi 20,47%.* Uważa, że przywoływane orzecznictwo przez zamawiającego w uzasadnieniu jest nieadekwatne do sytuacji. Uważa, że SO z Olsztyna mówi o ogromnej różnicy, do tego pojęcia trudno się odnieść. *Natomiast odwołujący uważa, że wykazał na rozprawie, że nie ma tych ogromnych różnic w stosunku do złożonych ofert, a także w stosunku do wartości szacunkowej, gdzie do wartości szacunkowej jest 35,8%, co stanowi ponad 5%. Nie kwestionuje zasadności wezwania tylko ocenę tych wyjaśnień oraz brak ponownego wezwania w związku z powstałymi wątpliwościami w ocenie zamawiającego.*
Z kolei zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że kalkulacja do ustalenia wartości zamówienia szacunkowej nie jest oparta o ceny rynkowe, na dowód przedkłada materiały, które stanowiły podstawę do ustalenia wartości zamówienia. Są to oferty cenowe, które były składane na podobne zamówienia w innych rejonach zamawiającego. Na rozprawie Pani mgr inż. budownictwa G.L. zastępca kierownika rejonu Kutno oświadcza, że to ona sporządzała tę wycenę do tego zamówienia osobiście i korzystała ze zbieżnych prac w innych rejonach tj. ofert składanych w 2015 roku jak i brała pod uwagę wynagrodzenie zwaloryzowane wykonawcy, który aktualnie dla nich świadczy usługę. Wzięliśmy pod uwagę wskaźnik inflacji. Natomiast w sytuacji gdy w ofertach z innych postępowań nie było pozycji, które występują w tym przetargu to występowała do wykonawców z zapytaniem. Uważa, że jej wycena jest rzetelna bo brała pod uwagę aktualne ceny wykonawców. W tym miejscu oświadcza, że zna szczegóły i powody wezwania odwołującego do wyjaśnień bo brała udział w komisji przetargowej, jest jej członkiem. Nadmienia, że przy kalkulowaniu wartości szacunkowej ustalając średnią ceną na poszczególne roboty porównywała szereg ofert i ustalała średnią, przy czym nie brała pod uwagę cen bardzo różniących się, np. na daną pracę wykonawcy oferują 50, 60, 70 zł, a także 120 zł, to takiego nie brała pod uwagę i ustalała średnią z cen na poziomie 50, 60, 70 zł. Braliśmy pod uwagę ceny aktualnego wykonawcy oczywiście je waloryzując. Na rozprawie również przyznała, że w bieżącym roku otrzymując oferty i oceniając je w kontekście oddziału Łódź stwierdza spadek cen na poziomie kilkunastu procent w stosunku do lat 2012-2016. Powyższe potwierdza Pan mgr ekonomii A.P. Naczelnik Działu Zamówień

Publicznych to jest spadek cen w stosunku do lat 2012-2015 o kilkanaście procent. Zamawiający odnosząc się do wypowiedzi pełnomocnika odwołującego, kwestionuje jego wypowiedź co do treści wezwania z którego wynika, że miał odnieść się do każdej pozycji kosztorysowej, a w szczególności do wymienionych okoliczności w art. 90 ust 1 Pzp. Uważa, że odwołujący jako profesjonalista powinien wiedzieć, że na wezwanie z czego wynika niska

cena powinien podać do poszczególnych prac koszty osobowe, sprzętowe, materiałowe, a w szczególności metodologie, rodzaj sprzętu i uzyskane z tego oszczędności i innowacyjne metody. Wymienione pozycje w wezwaniu budziły największe wątpliwości. Uważa, że w kontekście otrzymanych wyjaśnień i ich treści nie było podstaw do dalszych pytań, bo wyjaśnienia nie budziły co do zasady wątpliwości, a w sumie budziły w całości wątpliwości bo niczego nie wyjaśniały, nie zawierały żadnych szczegółowych kalkulacji pozycji jednostkowych. Sprowadzały się do oświadczenia, że wykonawca za zaoferowaną cenę wykona usługę. Uważa, że stanowisko na wypowiedź odwołującego jest wystarczające w kontekście przedstawianej argumentacji w odpowiedzi na odwołanie. I też uważa, że nie zostały złożone żadne dowody. Zamawiający podkreśla, że przedstawienie cen jednostkowych nie jest kalkulacją bo należało z kalkulacji wywieść cenę jednostkową. Przystępujący uczestnicząc na rozprawie poparł stanowisko zamawiającego. Uważa, że postępowanie na rozprawie wykracza poza zakres odwołania, który mówi o art. 7 i art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, a zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 90 ust 3 Pzp. Uważa, że nie ma w odwołaniu nic na temat zawyżenia wartości szacunkowej oraz kwestii ułomności wezwania do wyjaśnień nie była podnoszona. Uważa, że nie ma w odwołaniu kwestii zarzutu co do braku ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień. Odwołujący uważa, że złożył prawidłowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia, które złożył odwołujący nie są kalkulacją tylko drugą ofertą cenową z rozbiciem na poszczególne prace. W wyjaśnieniach są stwierdzenia, a brak dowodów.

Izba postanowiła z urzędu dopuścić dowody z dokumentacji postępowania zamawiającego przeprowadzone na rozprawie, odrzucić dowód wnioskowany przez zamawiającego jako zbędny do rozstrzygnięcia sprawy oraz ze względów formalnych doręczenia go bez odpisów dla pozostałych uczestników postępowania.
Stanowisko zamawiającego sprowadza się do twierdzenia, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło z powodu braku złożenia wyjaśnień, ich treść i forma nie wnosiły nic nowego do sprawy w związku z wątpliwościami zamawiającego. Przy czym ponownie wzywa się do wyjaśnień gdy są wątpliwości w związku ze złożonymi wyjaśnieniami. Z formy i treści złożonych wyjaśnień takich wątpliwości nie można wywieść. Wyjaśnienia zakwestionowane zostały w całości jako nieprzydatne bo nic nie wnosiły nowego i nie odpowiadały na wezwanie, wzywano do przedłożenia kalkulacji w efekcie odwołujący złożył jakby druga ofertę, formularz cenowy podwykonawcy i podał, że jest w stanie wykonać zamówienie, nie poparł tego żadnymi dowodami.

Izba na podstawie powyżej dokonanych ustaleń zważyła co następuje.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu zaskarżono czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty. Odwołujący podniósł naruszenie w szczególności przepisu art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę zawierającą rażąco niska cenę . Odwołujący uzasadniając odwołanie kwestionował przede wszystkim prawidłowość oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp. , których udzielił na wezwanie zamawiającego. W ocenie odwołującego wyjaśnienia złożone przez niego były kompletne i wyczerpujące oraz

adekwatne do treści wezwania zamawiającego z dnia 18 maja 2016 roku. Poza tym jeżeli zamawiający miał zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień a w szczególności wątpliwości co do ich treści to w myśl obowiązującego orzecznictwa Izby, powinien ponownie wezwać odwołującego do dalszych wyjaśnień. Ponadto kwestionował uzasadnienie zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 15 lipca 2016 roku w którym informowano o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym Izba na rozprawie przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania w tym: z wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień to jest wyżej opisanego pisma zamawiającego z dnia 18 maja 2016 roku, pisma odwołującego z dnia 23 maja 2016 roku będącego wyjaśnieniem na wezwanie zamawiającego jak i zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest pisma zamawiającego z dnia 15 lipca 2016 roku. Ustalenia, jakich Izba dokonała na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów, zostały przedstawione w części uzasadnienia odnoszącego się do ustaleń Izby. W związku z tym na podstawie powyżej dokonanych ustaleń Izby w kontekście obowiązujących przepisów ustawy Pzp., Izba niniejszym dokonuje następujących zważeń w sprawie, które przedstawia poniżej.
Po pierwsze co do treści wezwania odwołującego w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp. w związku z podejrzeniem, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę to pismo z dnia 18 maja 2016 roku jest pismem odpowiadającym dyspozytywnej treści art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Przy czym jego zastosowanie nastąpiło w sytuacji gdy cena całkowita oferty odbiega od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego o ponad 30 % w przedmiotowej sprawie różnica wynosi 35,82 %. Zatem wystąpiła ustawowa przesłanka obligująca zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Nie jest to fakultatywna wynikające wprost z dyspozycji przepisu decyzja zamawiającego a zobowiązanie
prawa((…)zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny(…)) . Co do zaistniałych

---

okoliczności między stronami nie było sporu to jest co do różnicy między wartością zamówienia a ceną oferty(35,82%). Natomiast w uzasadnieniu odwołania jak i na rozprawie odwołujący podważał wysokość dokonanej wyceny wartości zamówienia przez zamawiającego.

Co do wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego w myśl art. 32 ust.1 ustawy Pzp. (Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością).
Polemika odwołującego z wyceną wartości zamówienia przez zamawiającego opierała się przez wszystkim na porównywaniu wartości zamówienia z faktycznie złożonymi ofertami w niniejszym postępowaniu. Odwołujący wywodził, że skoro różnica między wyceną zamówienia przez zamawiającego a najdroższą ofertą złożoną w tym postępowaniu przekracza poziom 10 % to oznacza, że wycena zamawiającego jest zawyżona i nie odpowiada cenie rynkowej. Z kolei w imieniu zamawiającego na rozprawie oświadczenie złożyła pracownik zamawiającego Pani mgr inż. G.L. Z-ca Kierownika Rejonu w Kutnie, która bezpośrednio wyceniała roboty i usługi objęte niniejszym zamówieniem. Z jej wyjaśnień wynika, że obliczając wartość zamówienia porównywała zbliżone zakresem przedmiotowym oferty składane w Oddziale Łódzkim zamawiającego badając i analizując poziom zawartych w nich cen. Przedmiotem analizy były ceny oferowane przez wykonawców składających oferty w prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach i z ofert porównywalnych przedmiotowo zamawiający wyliczał średnią cenę. Przy czym jeżeli za daną czynność oferowano np.: 50,60,70 i 120 złotych to średnią cenę ustalano z kwot 50, 60, 70 złotych bez uwzględnienia ceny znacznie odbiegającej to jest w tym przypadku 120 złotych. Również w związku z brakiem tożsamości co do przedmiotu porównywanych zamówień, zamawiający posługiwał się zamówieniami o zbliżonym charakterze, gdzie występowały takie same prace w porównaniu do prac przewidzianych w niniejszym zamówieniu. Zamawiający sporządzając kalkulację cenową uwzględnił ceny uzyskane w następujących okolicznościach: ceny jednostkowe aktualnego wykonawcy usług zwaloryzowane zgodnie z zawartą umową, ceny

jednostkowe jako średnia cen z przetargów organizowanych w Oddziale Łódzkim, średnia z cen uzyskanych od firm wykonujących przedmiotowe usługi uzyskane w trybie zapytania o cenę w związku z przedmiotowym przetargiem. W oparciu o tak przeprowadzony sposób ustalania cen usług i robót budowlanych zamawiający sporządził kalkulację cenową usług i robót, w wyniku której ustalił wartość zamówienia na poziomie 4,9 mln. złotych. W ocenie Izby przyjęta metodologia ustalenia wartości robót przez zamawiającego przeprowadzona bezpośrednio przed ogłoszeniem przetargu to jest w miesiącu marcu 2016 roku nie może być skutecznie kwestionowana przez odwołującego. Z kolei odwołujący wykazując

zawyżenie wyceny wartości zamówienia powoływał się na ceny złożonych ofert i w jego ocenie złożenie ofert poniżej 10 % wartości wyceny zamawiającego, miało już samo świadczyć o nieadekwatności wyceny zamawiającego. Izba takiego stanowiska odwołującego nie uznaje za miarodajne, ponieważ nie ma oparcia ani w obowiązujących przepisach prawa, ani w racjonalnych przesłankach dowodzenia i uznaje je za sformułowane wyłącznie na użytek procesu. Z kolei uznanie ceny oferty za rażąco niską znajduje oparcie wprost w treści art.90 ust.1 ustawy Pzp. gdzie każda cena poniżej 30 % wyceny zamawiającego rodzi obowiązek po stronie wykonawcy jej uzasadnienia. W związku z tym, że odwołujący kwestię krytyki wyceny zamawiającego sprowadził do porównania z cenami złożonych ofert jak i twierdzenia, że przekroczenie 10 % poziomu różnicy cen pomiędzy wyceną a złożonymi ofertami już świadczy o nienależytej wycenie zamawiającego, Izba argumentację odwołującego uznaje za nieprzekonywującą. W tym stanie rzeczy Izba nie znajduje podstaw do wywiedzenia skutków prawnych twierdzenia odwołującego o zawyżeniu wyceny wartości zamówienia sporządzonej przez zamawiającego i związku z tym o bezprzedmiotowości wezwania jego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Izba nie dopuściła dowodu z dokumentu zamawiającego pn."Kalkulacja cenowa usługi w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego i zieleni przydrożnej w latach 2016-2019 , grupy interwencyjnej w latach 2017 -2019 w ramach bieżącego utrzymania dróg i drogowych obiektów inżynierskich administrowanych przez Rejon w Kutnie" wraz załączonymi materiałami pomocniczymi do wyceny, uznając je za zbędne. Powyższy dowód Izba uznała za zbędny wobec wyczerpującego oświadczenia na rozprawie pełnomocnika zamawiającego na okoliczność sposobu wyceny zamówienia. Ponadto nie dopuszczając dowodu z dokumentu i jego załączników powyżej wymienionego Izba miała na uwadze treść art.5 k.c. Onus probandi „Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie , która z faktu tego wywodzi skutki prawne". W tym stanie rzeczy Izba wycenę wartości zamówienia na poziomie kwoty 6.749.911,65 złotych w tym zamówień uzupełniających na kwotę 2.249.970,55 złotych ustaloną w dniu 1 marca 2016 roku, w sytuacji wysłania ogłoszenia o zamówieniu w dniu 15 marca 2016 roku do publikacji, uznaje za wykonaną z należytą starannością, której nie można przypisach znamion zawyżenia.
Z kolei co do zarzutu, że wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 18 maja 2016 roku nie było właściwej treści to przywołując jego treść opisaną w ustaleniach, Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska odwołującego. Pismo to odpowiada dyspozytywnej treści art.90 ust.1 ustawy Pzp. Ponadto jednoznacznie określa, że oczekuje szczegółowej kalkulacji wszystkich pozycji formularza cenowego w szczególności pozycji wymienionych w tym piśmie to jest 14pozycji z 49 ogółem pozycji („W związku z powyższym proszę o szczegółowe wyjaśnienie cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, jakie Wykonawca powinien uwzględnić dokonując kalkulacji, a w szczególności proszę o

wyjaśnienie cen jednostkowych następujących pozycji kosztorysowych : 5……48 ze względu na to, że odbiegają one od ponad 30 % zarówno kosztorysu inwestorskiego, jak i od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.) . W ocenie Izby z treści tego pisma wynika, że w odpowiedzi na to pismo odwołujący powinien przedstawić analizę cen jednostkowych to jest pokazać jak sporządził kalkulację poszczególnych cen jednostkowych to jest jakie elementy kosztowe (materiał, sprzęt, kadra czy tez koszty bezpośrednie i koszty pośrednie) i w jakiej

wysokości je uwzględnił uzyskując poszczególne ceny jednostkowe. Natomiast odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 23 maja 2016 roku jako szczegółowe wyjaśnienie cen jednostkowych przedstawił kolejną ofertę cenową (formularz cenowy) wystawiony przez podwykonawcę, który w zakresie 14 pozycji oferuje ceny jednostkowe niższe od cen z formularza cenowego odwołującego. Tak przedstawioną ofertę podwykonawcy kwituje odwołujący jako gwarantującą jemu nie tylko pokrycie kosztów poniesionych ale także jako osiągnięcie zysku. W pozostałym zakresie wyjaśnienie odwołującego rażąco niskiej ceny, którego treść przedstawiono w ustaleniach powyżej, zawiera oświadczenia nie poparte wbrew wymogom zamawiającego w wezwaniu żadnymi dowodami. W ocenie Izby wezwanie było wyczerpujące i jednoznaczne co do treści wymaganej przepisem art.90 ust.1 ustawy Pzp i zindywidualizowane stosownie do treści oferty odwołującego. Z kolei treść udzielonej odpowiedzi odwołującego należy ocenić z uwagi na jej skutki prawne jako brak odpowiedzi jak też słusznie pismo to zakwalifikował zamawiający to jest pismo z dnia 23 maja 2016. W ocenie Izby nie zachodziły ani podstawy prawne, ani faktyczne do ponownego wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień cen jednostkowych, ponieważ ewentualne ponowne wezwanie może zamawiający rozważać gdyby wyjaśnienia cen jednostkowych budziły dalsze jego wątpliwości. Natomiast odwołujący żadnych wyjaśnień do cen jednostkowych nie udzielił. Bowiem w ocenie Izby za takie wyjaśnienie nie można uznać przedstawienie oferty podwykonawcy z niższymi cenami jednostkowymi niż w ofercie odwołującego. W tym stanie rzeczy wskazanie w czynności odrzucenia oferty odwołującego jako podstawy prawnej art.90 ust.3 ustawy Pzp. Izba uznaje za usprawiedliwione. Izba nie uznaje stanowiska odwołującego, że już samo wyjaśnienie bez względu na jego treść jest jakimś wyjaśnieniem i zamawiający nie ma prawa takiego wyjaśnienia traktować jaki nie istniejącego. Wręcz przeciwnie w ocenie Izby wyjaśnienie nie odpowiadające wezwaniu nie stanowi wyjaśnienia i kwalifikuje się do dyspozycji art.90 ust.3 ustawy Pzp.
Co do argumentacji uzasadnienia odwołania, że zamawiający stawia zarzut rażąco niskiej ceny tylko do 14 pozycji formularza cenowego a nie do całkowitej ceny obejmującej 49 pozycji, również nie zostało udowodnione. W wezwaniu z dnia 18 maja 2016 r. zamawiający żąda szczegółowego wyjaśnienia wszystkich pozycji formularza cenowego a w szczególności z naciskiem na 14 wymienionych, które zarówno przekraczają 30 % co do wyceny wartości zamówienia jak i średniej cen złożonych ofert. Natomiast cena całkowita

oferty odwołującego jest poniżej 35,82% wyceny zamawiającego a co już obliguje zamawiającego do żądania wyjaśnienia ceny pod zarzutem rażąco niskiej ceny.
W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 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. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego kwotę 3.600,00zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący: ……