

Sygn. akt: KIO 1318/17

WYROK
z dnia 14 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2017 r. przez **A. K.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Kielcach**

przy udziale wykonawcy **P. R.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **A.K.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **A.K.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Warszawie**.

Sygn. akt: KIO 1318/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Kielcach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót z zakresu bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich w ciągu dróg krajowych: Nr 9,42, 73, 77 i 79 na terenie GDDKiA oddział w Kielcach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 28 czerwca 2017 roku A.K. (dalej: odwołująca) wniosła odwołanie wobec czynności odrzucenia jej oferty.

Odwołująca zarzuciła zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych określonych w następujących przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych:

—art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady generalnej, nakazującej prowadzenie postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

—art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującej;

-- art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione wezwanie odwołującej do wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołująca wniosła o uchylenie czynności odrzucenia jej oferty, będącej rezultatem niezgodnego z przepisami i nieuzasadnionego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Odwołująca podniosła, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołująca wskazała, że pismem z dnia 1 czerwca 2017 r. zamawiający wezwał ją do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia ceny w pozycji kosztorysowej nr 9 - naprawa uszkodzeń konstrukcji betonowej zaprawą o spoiwie polimerowo - cementowym PCC. W odpowiedzi odwołująca wniosła informację o niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego, polegającej na nieuzasadnionym wezwaniu do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Informacja pozostała bez odpowiedzi, jednak pismem z dnia 09 czerwca 2017 r. zamawiający ponownie wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących

sposobu obliczenia ceny w pozycji kosztorysowej nr 9 - naprawa uszkodzeń konstrukcji betonowej zaprawą o spoiwie polimerowo - cementowym PCC. W odpowiedzi odwołująca złożyła pismo, w którym ponownie podkreśliła bezzasadność żądania zamawiającego. Jednocześnie, z ostrożności procesowej, wskazane zostały szczególnie korzystne okoliczności realizacji robót objętych pozycją kosztorysową nr 9, pozwalające na zaoferowanie ceny na poziomie wskazanym w treści oferty.

Pismem z dnia 23 czerwca 2017 r. zamawiający poinformował odwołującą o odrzuceniu jej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

W ocenie odwołującej, czynność odrzucenia oferty dokonana została z rażącym naruszeniem przepisów

ustawy P.z.p.

Odwołująca zaznaczyła, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają definicji pojęcia „rażąco niska cena”. Przyjmuje się jednak, że jest to cena, która jest nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Jako przykład takiej sytuacji Sąd Okręgowy w Katowicach, w wyroku z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08), wskazał oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za kwotę symboliczną. Reasumując: cena rażąco niska to taka, która nie pokrywa kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Definicję powyższą potwierdza orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów (por. wyrok SO w Katowicach z dnia 21.06.2010 r. sygn. akt: XIX GA 175/10; wyrok SO w Radomiu z dnia 14.02.2006 r. sygn. akt IV Ca 28/06; wyrok KIO z dnia 14.02.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/73/08).

Odwołująca wskazała, że w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części I złożone zostały trzy oferty:

1. Oferta złożona przez KWIAT-KOP Budownictwo z ceną 993 458,70 zł;
2. Oferta złożona przez PPHU BIONATURA z ceną 997 419,30 zł;
3. Oferta złożona przez z ceną Usługi Koparko - Ładowarką Transport Drogowy M. P. z ceną 1 151 144,70 zł.

Odwołująca stwierdziła, że z analizy zaoferowanych cen wynika, iż dwaj wykonawcy skalkulowali ceny na niemal identycznym poziomie, zaś trzeci złożył ofertę zaledwie około 16% wyższą od oferty odwołującej, przy czym kwota ta przekracza budżet zamawiającego. Podkreśliła, iż jej oferta jest zaledwie około 5% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert i zaledwie 1% niższa od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Tym samym, w ocenie odwołującej, zamawiający nie miał najmniejszych podstaw do poddania w wątpliwość zaoferowanej przez odwołującą ceny. Co więcej, świadczy to o rzetelnym skalkulowaniu ceny oferty, na poziomie rynkowym.

Odwołująca podkreśliła, że przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „istotnej części składowej” ceny. W tej sytuacji należy się posłkować wykładnią literalną. Zgodnie z definicją słownikową, pojęcie to oznacza:

1. „1. główny, podstawowy; 2. duży, znaczny; 3. Rzeczywisty, prawdziwy” (Słownik Języka Polskiego Wydawnictwa PWN, oraz 2. „taki, który ma duże znaczenie lub duży wpływ na coś” (Wielki Słownik Języka Polskiego PAN, www.wsip.pl).

Odwołująca stwierdziła, iż za podstawowe kryteria determinujące możliwość badania składnika ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej winny być uznane okoliczności takie jak to, czy badany składnik stanowi znaczną część całej ceny ofertowej lub też czy składnik ten miał duży wpływ na ww. cenę oraz na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobne stanowisko prezentowane jest w najnowszym orzecznictwie. Przykładowo, w wyroku z dnia 03.04.2017 r. Krajowa Izba odwoławcza stwierdziła, iż istotność, w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. należy interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogółem (sygn. akt: KIO 519/17).

Odwołująca wskazała, że pozycja nr 9 kosztorysu - „naprawa uszkodzeń konstrukcji betonowej zaprawą o spoiwie polimerowo - cementowym PCC” została wyceniona na 19 000,00 zł netto, przy kwocie całkowitej 807 690,00 zł netto. Wartość pozycji, której wyjaśnienia domaga się zamawiający, stanowi zatem raptem 2,35% wartości złożonej oferty. Nie można zatem stwierdzić, iż jest to znaczna część kosztów realizacji robót ani że ma istotny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Co więcej, bezsprzecznie że tak niewielki procent zamówienia nie może zdecydować o rentowności całego kontraktu; tym bardziej nie może być uznany za istotną część składową zaoferowanej ceny.

Odwołująca podniosła, że – uzasadniając wezwanie do złożenia wyjaśnień – zamawiający dokonał porównania ceny pozycji kosztorysowej nr 9; z dokonanego porównania wynika, iż cena ww. pozycji w ofercie odwołującej jest niższa odpowiednio o 82,73% i 79,57% od wartości pozycji w kosztorysie inwestorskim i średniej arytmetycznej złożonych ofert. Działanie takie jest, w opinii odwołującej, sprzeczne z obowiązującymi przepisami ustawy P.z.p. w tym zakresie. Treść art. 90 ust. 1a w sposób jednoznaczny odnosi się do ceny całkowitej oferty, nie zaś jednostkowych pozycji składających się na cenę; nie może to zatem uzasadniać wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących jednej pozycji.

Odwołująca podkreśliła, że żaden z przepisów ustawy P.z.p. nie zezwala zamawiającemu na porównywanie cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych. Takie podejście jest sprzeczne z ugruntowaną linią orzeczniczą wskazującą, iż punktem wyjścia do rozważań o rażąco niskiej cenie może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia (zob. np. wyrok KIO z 12.8.2009 r., KIO/UZP 963/09). Zatem nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie rażąco niskiej ceny w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, czy niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym, jeżeli cena całkowita oferty nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen innych ofert i ogólnie rzecz ujmując od cen rynkowych. Oznacza to, iż nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów lub określonej

części oferty odbiega od cen rynkowych, nie świadczy to o rażąco niskiej cenie całej oferty. Odwołująca podkreśliła, że podobnie w piśmiennictwie podkreśla się, iż nie może być powodem odrzucenia oferty zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej dokonanej przez wykonawcę" (w: Stachowiak, Komentarz, s. 403).

Odwołująca podkreśliła również, iż zamawiający sam przyznał, że całościowo cena oferty odwołującej nie budzi wątpliwości, w szczególności nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia i mediany wszystkich złożonych ofert; tym samym skalkulowanie jednej, nieznaczącej pozycji na poziomie niższym od ofert konkurencyjnych nie może być uzasadnieniem do wezwania do złożenia wyjaśnień. Kolejna oferta w rankingu jest droższa od oferty odwołującej zaledwie o 3 960,60 zł brutto, tj. 0,4%, jednak nie wzbudziła wątpliwości zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 lipca 2017 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art 90 ustawy P.z.p., uległo zmianie, w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy

- Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), zwanej dalej: „nowelizacją”. W poprzednim stanie prawnym istniała możliwość wyjaśnienia wyłącznie ceny jako całości. Jedynie w uzasadnionych przypadkach możliwe było badanie poszczególnych cen jednostkowych, czy też elementów, które służyć miały do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy (zob. KIO 2734/14). Po nowelizacji

zamawiający może wezwać wykonawcę do wyjaśnień dotyczących części składowych ceny lub kosztu nawet w sytuacji, gdy cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit.

Zamawiający podniósł, że w omawianym przypadku mamy do czynienia z taką sytuacją. Cena całkowita oferty jest niższa zaledwie o 1,21% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz o 5,14% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wątpliwości zamawiającego wzbudziła jednakże cena jednostkowa oraz wartość pozycji Nr 9, Kosztorysu ofertowego. W kalkulacji zamawiającego, jak i w kalkulacjach dwóch pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty wartość ta w stosunku do wartości całkowitej zamówienia wynosi odpowiednio 13,5% w kosztorysie i około 15% w przypadku pozostałych wykonawców, i jest – wraz z poz. Nr 8 i poz. Nr 17 – jedną z trzech istotnych pozycji w kosztorysie.

Natomiast, w kalkulacji odwołującej stosunek ten wynosi zaledwie 2,35%, poprzez zdecydowane zaniżenie ceny jednostkowej dla tej pozycji. Wynika to zapewne z faktu, iż, dokonując kalkulacji ceny jednostkowej, odwołująca nie wzięła pod uwagę wymagań opisanych przez zamawiającego w SST. M.n.06.01. Naprawa ubytków betonu zaprawą nisko skurczową typu PCC, gdzie między innymi w pkt 10. Podstawy płatności, zostały opisane czynności, z uwzględnieniem materiałów, niezbędnych do należytego wykonania tej części składowej zamówienia. Z kalkulacji i doświadczeń zamawiającego wynika, iż stosunek kosztu materiału do kosztu pozostałych składników i czynności właściwych dla tej pozycji wynosi ok. 80%, a więc koszt materiału jest jej zasadniczą składową,

Zamawiający wskazał, że da zobrazowania zasadności twierdzenia o istotności części składowych zamówienia tj. poz. Nr 8, poz. Nr 9 i poz. Nr 17, o ich dużym udziale procentowym w wartości zamówienia, świadczy fakt, iż udział pozostałych pozycji kosztorysu w cenie całkowitej zamówienia waha się od 0,12% do 7,95%, a więc nie przekracza 10% ceny całkowitej zamówienia.

Zamawiający wskazał, że dokonując analizy ceny samego materiału, tj. zaprawy o spoiwie polimerowo - cementowym PCC, której należy użyć do wykonania pozycji Nr 9, Kosztorysu ofertowego, należy zauważyć, iż wykonanie wszystkich czynności przypisanych tej pozycji za cenę jednostkową) 950 zł/m³ netto, zaoferowaną przez odwołującą - jest niemożliwe. Biorąc pod uwagę koszt cen składników mieszanki do wykonania zaprawy, a to zgodnie z „Informacja o cenach materiałów budowlanych”, wyd. SEKOCENBUD, średnia cena zakupu zaprawy cementowo - polimerowej PCC, wraz z kosztami zakupu wynosi 3,79 zł/kg, co przy uwzględnieniu ciężaru objętościowego zaprawy daje cenę 7 580 zł/m³. Tym

samym, z uwagi na powyższe, zamawiający był uprawniony do badania cen jednostkowych ceny ofertowej odwołującej.

Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia odwołującej z dnia 13 czerwca 2017 r. są ogólnikowe oraz nie zawierają wyczerpujących odpowiedzi na wyszczególnione w piśmie zamawiającego elementy wyceny. W piśmie z dnia 13 czerwca 2017 r. odwołująca przedstawiła tylko i wyłącznie rozkład kosztów w pozycji nr 9 kosztorysu ofertowego, wskazując, iż 90 % kosztów stanowi materiał, zaś 10 % stanowią koszty pracy. Jednocześnie, odwołująca ogólnikowo wskazała, iż zatrudnia pracowników na podstawie umowy o pracę z rynku lokalnego, wobec czego nie jest zmuszona ponosić dodatkowych kosztów m.in. noclegów, diet itp., a także - że posiada również znaczący zapas materiału, który

może wykorzystać do realizacji zadania objętego niniejszym postępowaniem.

Dodatkowo zamawiający podkreślił, że twierdzenie odwołującej „dysponujemy zapasem zaprawy, zakupionym po korzystnej cenie” jest niewiarygodne. Z informacji uzyskanych od producenta zaprawy wynika, iż produkt należy przechowywać w suchym miejscu, w określonej temperaturze oraz należy go użyć w ciągu 9 miesięcy od daty produkcji. Ponadto, w SST UM-U-2 Naprawy uszkodzeń konstrukcji betonowych w obiektach mostowych, będącej częścią OPZ, w pkt 2.1. Wymagania ogólne napisano: „Do naprawy ubytków betonu można stosować materiały o nieprzeterminowanej przydatności stosowania”. W związku z faktem, iż przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem dwuletnim, zmagazynowanie większej ilości zaprawy (ilość jednostek obmiarowych - 20 nv), przy braku *de facto* informacji o możliwości jej zagospodarowania na długo przed wszczęciem postępowania oraz braku wiedzy o rezultacie postępowania, jest działaniem co najmniej nieracjonalnym.

Przystępujący P. R. w piśmie procesowym z dnia 11 lipca 2017 roku poparł stanowisko zamawiającego. Wskazał, że z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. wprost wynika, że w przypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, kosztu lub istotnej części składowej, jego obowiązkiem jest zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień.

W ocenie przystępującego, nie sposób podzielić argumentacji odwołującej dotyczącej braku podstaw do wezwania jej do udzielenia wyjaśnień. W niniejszej sprawie pozycja nr 9 kosztorysu ofertowego powinna być uznana za istotną część składową, gdyż jej zaniżenie przez odwołującą miało kluczowy wpływ na ranking ofert. Odwołująca stwierdziła, że cena za pozycję nr 9 nie stanowi istotnej części składowej, bowiem stanowi 2% ceny całkowitej jego oferty.

Przystępujący stwierdził, że bezzasadne jest przyrównywanie ceny z poz. nr 9 kosztorysu odwołującej do ceny ogólnej i wylczanie na tej podstawie stosunku procentowego, bowiem cena z ww. pozycji kosztorysu jest nierealna i zaniżona. Należy stwierdzić, iż cena zaoferowana w tym zakresie przez odwołującą jest nierynkowa i odbiega od kosztorysu inwestorskiego o ok. 82%, jak również o ok. 79% od średniej arytmetycznej cen dla pozycji 9 kosztorysu zaoferowanych przez wszystkich wykonawców. Przystępujący wskazał, iż różnica pomiędzy ceną za wykonanie prac określonych w pozycji 9 kosztorysu przez odwołującą a ceną zaoferowaną w tym zakresie przez przystępującego wynosi aż ok. 85%.

Przystępujący podniósł, że cena za wykonanie robót określonych w pozycji 9 kosztorysu stanowi ok. 16% średniej cen za tę pozycję w ofertach innych wykonawców w stosunku do ceny ogólnej. Nie sposób uznać, że taka część zamówienia nie stanowi „istotnej części składowej”, o której mowa w art. 90 ust. 1 P.z.p. Przy występujących różnicach cenowych, zamawiający był uprawniony do wystosowania do odwołującej wezwania w celu rozwiania wątpliwości dotyczących realności zakładanych przez nią szacunków.

Przystępujący wskazał, że wynagrodzenie za wykonanie prac objętych przedmiotowym zamówieniem ma charakter kosztorysowy. Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy „Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 4 niniejszej umowy, rozliczane będzie nie częściej niż raz w miesiącu, na podstawie faktur VAT wystawianych przez Wykonawcę na kwotę ustaloną w dołączonym do faktury zestawieniu wartości wykonanych robót sporządzonym przez Wykonawcę narastająco, pomniejszoną o zsumowane kwoty poprzednio zafakturowane. Dołączone do faktury zestawienie wartości wykonanych robót musi być sprawdzone przez inspektora nadzoru i zatwierdzone przez Zamawiającego”. Stosownie natomiast do ust. 4 § 5 wzoru umowy „Wynagrodzenie Wykonawcy, o których mowa w ust. 1 i ust. 3 stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do Oferty Wykonawcy”.

Przystępujący podkreślił, że zaniżenie przez odwołującą pozycji nr 9 kosztorysu miało duży wpływ na wynik postępowania. W przypadku prawidłowej, rzetelnej wyceny wskazanych robót, oferta odwołującej byłaby najdroższa w klasyfikacji ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe, nie może budzić wątpliwości fakt, że zamawiający był uprawniony do przeprowadzenia badania oferty odwołującej pod kątem rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji nr 9 kosztorysu ofertowego, a w konsekwencji do wystosowania wezwania do udzielenia wyjaśnień.

W ocenie przystępującego, oferta odwołującej została w prawidłowy sposób odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. Zamawiający, wzywając odwołującą do udzielenia wyjaśnień w dniu 1 czerwca 2017 r. i w dniu 9 czerwca 2017 r., dopełnił staranności i wskazał na konkretną wątpliwość związaną z kalkulacją ceny w pozycji nr 9 kosztorysu ofertowego odwołującej. W przypadku skierowania do wykonawcy wezwania w trybie art. 90 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień. Odwołująca, jako podmiot profesjonalny, zobowiązana była zatem do udowodnienia, iż zaoferowana cena została obliczona w sposób prawidłowy, ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zaniżenie ceny w badanym zakresie. Odwołująca powinna była przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów

na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

Złożone przez odwołującą wyjaśnienia z dnia 13 czerwca 2017 r. zostały w sposób prawidłowy ocenione przez zamawiającego jako niewystarczające, natury ogólnej, nie odnoszące się do sposobu skalkulowania ceny jednostkowej dla danej pozycji, jak również niepoparte dowodami. Wyjaśnienia z dnia 13 czerwca 2017 r. (podobnie jak treść uzasadnienia odwołania) w znacznej mierze sprowadzają się do zakwestionowania zasadności wezwania i nie odpowiadają na wątpliwości podniesione przez zamawiającego. Odwołująca, opierając się na własnej interpretacji przepisów ustawy, polemizowała z zasadnością wystosowanego wezwania i tylko formalnie udzieliła bardzo ogólnikowych wyjaśnień w zakresie dotyczącym pozycji nr 9 kosztorysu ofertowego. W wyroku z dnia 33 marca 2017 r. KIO 340/17 Izba uznała, że „Z całą mocą należy podkreślić, że wyjaśnienia składane w przedmiocie rażąco niskiej ceny mają istotne (rozstrzygające) znaczenie dla stwierdzenia, czy cena na charakter rażąco niski czy też rynkowy, stąd też za niewłaściwe należy uznać takie praktyki wykonawców, którzy w sposób formalny odpowiadają na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ZamPublU. Wykonawca, na którym spoczywa ciężar udowodnienia (art. 90 ust. 2 ZamPublU), że cena ma charakter realny winien przedstawić wyjaśnienia, które nie budzą wątpliwości, a w sposób kompleksowy pokazują metodykę budowania ceny oferty i uwzględniania kosztów na określonym poziomie”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z kosztorysem inwestorskim, pozycja nr 9 dotyczyła naprawy urządzeń konstrukcji betonowych:

-zaprawą o spoiwie polimerowo-cementowym PCC; jednostka – m³, ilość – 20, cena netto – 5.500,00; wartość robót netto – 110.000,00 zł; udział procentowy – 13,45%

-betonem B-30; jednostka – m³, ilość – 15, cena netto – 1.200,00; wartość robót netto – 18.000,00; udział procentowy – 2,20%.

Udział procentowy pozycji nr 8 wynosił 29,91%, a pozycji nr 17 – 10,76%. Udział procentowy każdej z pozostałych pozycji nie przekracza kilku procent.

W postępowaniu w zakresie części I złożone zostały trzy oferty:

- 1.Oferta złożona przez odwołującą z ceną 993 458,70 zł;
- 2.Oferta złożona przez przystępującego z ceną 997 419,30 zł;
- 3.Oferta złożona przez M. P. z ceną 1 151 144,70 zł.

Odwołująca zaoferowała wykonanie czynności przypisanych pozycji nr 9 w zakresie naprawy zaprawą o spoiwie polimerowo-cementowym za cenę jednostkową 950 zł/m³ netto. Przystępujący w tej pozycji zaoferował 6.000 zł/m³, natomiast wykonawca Marcin Piotrowski -7.000 zł/m³.

Pismem z dnia 1 czerwca 2017 roku zamawiający wezwał do: „złożenia wyjaśnień, w jaki sposób została skalkulowana cena w pozycji kosztorysowej nr 9 „Naprawa uszkodzeń konstrukcji betonowej zaprawą o spoiwie polimerowo-cementowym PCC”. Zaoferowana przez Państwa cena znacząco odbiega od cen rynkowych.”

W odpowiedzi na wezwanie odwołująca wystosowała do zamawiającego pismo z dnia 5 czerwca 2017 roku, wskazując, co następuje:

„Na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp, jako podmiot ubiegający się o uzyskanie zamówienia objętego niniejszym postępowaniem w zakresie cz. 1, informujemy o naruszenie przepisu 7 ust 1 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione wezwanie do wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Wskazując na powyższe zarzuty Informujący wnosi o uchylenie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji kosztorysowej nr 9.

Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2017 r. wezwał Informującego do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia ceny w pozycji kosztorysowej nr 9 - naprawa uszkodzeń konstrukcji betonowej zaprawą o spoiwie polimerowo - cementowym PCC.

W naszej ocenie przedmiotowe wezwanie jest bezzasadne. Na wstępie zaznaczyć należy, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają definicji pojęcia

„rażąco niska cena”. Przyjmuje się jednak, że jest to cena, która jest nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Jako przykład takiej sytuacji Sąd Okręgowy w Katowicach, w wyroku z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08), wskazał oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za kwotę symboliczną. Reasumując: cena rażąco niska to taka, która nie pokrywa kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Definicję powyższą potwierdza orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów (por. wyrok SO w Katowicach z dnia 21.06.2010 r, sygn. akt: XIX GA 175/10; wyrok SO w Radomiu z dnia 14.02.2006 r. sygn. akt IV Ca 28/06; wyrok KIO z dnia 14.02.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/73/08).

Do niedawna przyjmowało się, iż o rażąco niskiej cenie nie decydują poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena jako wartość całkowita. Podejście to zostało nieco zmodyfikowane nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 lipca 2016 r. Ustawodawca wskazał bowiem, iż zamawiający winien wszcząć procedurę wyjaśniającą jeśli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż zasadniczym punktem odniesienia w przypadku podejrzenia zaistnienia rażąco niskiej ceny jest:

1. Wartość zamówienia, oszacowana przez zamawiającego z należytą starannością i
2. Ceny pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu. j/l

W przedmiotowym postępowaniu w zakresie części I złożone zostały trzy oferty: f^{C&y} f

1. Oferta złożona przez KWIAT-KOP Budownictwo z ceną 993 458,70 zł;
2. Oferta złożona przez PPHU BIONATURAz ceną 997 419,30 zł;
3. Oferta złożona przez z ceną Usługi Koparko - Ładowarką Transport Drogowy M. P. z ceną 1 151 144,70 zł.

Z analizy zaoferowanych cen wynika, iż dwaj wykonawcy skalkulowali ceny na niemal identycznym poziomie, zaś trzeci złożył ofertę zaledwie około 16% wyższą od oferty

Informującego, przy czym kwota ta przekracza budżet zamawiającego. Podkreślić należy również, iż oferta Informującego jest zaledwie około 5% niższa od średniej wszystkich złożonych ofert i zaledwie 1% niższa od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia.

Tym samym Zamawiający nie miał najmniejszych podstaw do poddania w wątpliwość zaoferowanej przez Informującego ceny. Co więcej, świadczy to o rzetelnym skalkulowaniu ceny oferty, na poziomie rynkowym. Jak wspomniano na wstępie, w orzecznictwie przyjął się pogląd, iż ofertę należy oceniać całościowo, nie zaś przez pryzmat cen jednostkowych. Ubiegłoroczna nowelizacja rozszerzyła podstawę do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie poszczególnych elementów cenotwórczych, jednak muszą one stanowić istotne części składowych ceny.

Podkreślenia wymaga fakt, iż przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „istotnej części składowej” ceny. W tej sytuacji należy się posłużyć wykładnią literalną. Zgodnie z definicją słownikową, pojęcie to oznacza:

1. „1. główny, podstawowy; 2. duży, znaczny; 3. Rzeczywisty, prawdziwy” (Słownik Języka Polskiego Wydawnictwa PWN, oraz
2. „taki, który ma duże znaczenie lub duży wpływ na coś” (Wielki Słownik Języka Polskiego PAN, www.wsip.pl).

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, iż za podstawowe kryteria determinujące możliwość badania składnika ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej winny być uznane okoliczności takie jak to, czy badany składnik stanowi znaczną część całej ceny ofertowej lub też czy składnik ten miał duży wpływ na ww. cenę oraz na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pozycja nr 9 kosztorysu - „naprawa uszkodzeń konstrukcji betonowej zaprawą o spoiwie polimerowo - cementowym PCC” została wyceniona na 19 000,00 zł netto, przy kwocie całkowitej 807 690,00 zł netto. Wartość pozycji, której wyjaśnienia domaga się zamawiający, stanowi zatem raptem 2,35% wartości złożonej oferty. Nie można zatem stwierdzić, iż jest to znaczna część kosztów realizacji robót ani że ma istotny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Co więcej, bezsprzecznie że tak niewielki procent zamówienia nie może zadecydować o rentowności całego kontraktu; tym bardziej nie może być uznany za istotną część składową zaoferowanej ceny.

Podobne stanowisko prezentowane jest w najnowszym orzecznictwie. Przykładowo, w wyroku z dnia 03.04.2017 r. Krajowa Izba odwoławcza stwierdziła, iż istotność, w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. należy interpretować jako istotność z punktu widzenia

cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogółem (sygn. akt: KIO 519/17).

Reasumując: z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika w sposób jednoznaczny, iż zamawiający nie miał żadnych podstaw do powzięcia wątpliwości co do zaoferowanej przez Informującego ceny. Kwota zaoferowana w postępowaniu jest ceną rynkową, skalkulowaną z należytą starannością na poziomie niemal identycznym z kalkulacją zamawiającego i innych uczestników postępowania. Poddawana przez zamawiającego w wątpliwość pozycja w kosztorysie ofertowym nie stanowi istotnej części składowej ceny, zatem zamawiający nie był uprawniony do wystosowania wezwania do złożenia wyjaśnień.

Wzywając Informującego do wyjaśnień zamawiający w rażący sposób nadużył swoich uprawnień, naruszając tym samym klauzulę generalną wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nadmieniam również, iż w przypadku odrzucenia oferty Informujący skorzysta z przysługującej mu drogi odwoławczej.

Biorąc po uwagę powyższe żądamy uchylenie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji kosztorysowej nr 9.

Z uwagi na fakt, iż wezwanie do wyjaśnień zostało przekazane Informującemu w dniu 1 czerwca br., informacja

niniejsza zostaje wniesiona w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych."

Zamawiający zwrócił się do odwołującej pismem z dnia 9 czerwca 2017 roku o następującej treści:

„Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, dalej zwana

„Zamawiającym" działając w oparciu o art. 90 ust. 1a pkt 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp", w celu ustalenia, czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokości ceny Państwa oferty oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Cena Państwa oferty wynosi 993 458,70 zł brutto, natomiast wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 1 005 648 PLN, oraz średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 1 047 340,90 zł. Z powyższego porównania wynika, iż cena Państwa oferty nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dokonał szerszej analizy istotnych części składowych zaoferowanej przez Państwa ceny, w tym w szczególności wartości pozycji nr 9. Kosztorysu ofertowego: „Naprawa uszkodzeń konstrukcji betonowych zaprawa o spoiwie polimerowo - cementowym PCC". Przeprowadzona analiza wskazuje, iż wartość zaoferowanej przez Państwa ceny jednostkowej dla poz. 9 kosztorysu ofertowego w stosunku do wartości tej pozycji z kosztorysu inwestorskiego, oraz średniej arytmetycznej wartości dla tej pozycji ze wszystkich złożonych ofert, jest odpowiednio o 82,73% i 79,57% niższa. Powyższe stwierdzenie daje Zamawiającemu podstawę do przyjęcia, iż cena tej istotnej części składowej zamówienia wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W opinii Zamawiającego oferta może nie uwzględniać wszystkich wymagań zawartych w SIWZ, mogła zostać przez Państwa nienależycie skalkulowana lub zaniżona poniżej kosztów wykonania tego zamówienia. Po analizie ceny jednostkowej przyjętej dla pozycji nr 9. KO „Naprawa uszkodzeń konstrukcji betonowych zaprawa o spoiwie polimerowo - cementowym PCC", odpowiednio w kosztorysie inwestorskim oraz w złożonych ofertach, jak również ceny rynkowej dla przedmiotowej pozycji, Zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości wykonania robót opisanych w przedmiotowej pozycji, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Należy wskazać, że w ocenie Zamawiającego pozycja ta stanowi istotną część składową, która ma wpływ na cenę oferty.

W związku z powyższym, Zamawiający zwraca się do Państwa o przedstawienie kalkulacji ceny jednostkowej dla poz. 9 Kosztorysu ofertowego, jak również o przedstawienie szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji dotyczących sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na tę cenę jednostkową, mając na uwadze między innymi: zaangażowanie osobowe, czasowe, rzeczowe, materiałowe, finansowe i związane z tymi niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku.

Oceniając wyjaśnienia wraz z dowodami przedłożonymi na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę czynniki obiektywne, w szczególności czynniki wskazane w art.90 ust. 1 ustawy Pzp, tj.: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015r. poz. 2008 oraz z 2016r. poz. 1265).;

pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, oraz wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający informuje ponadto, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Jednocześnie, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia wraz z dowodami należy złożyć Zamawiającemu na adres: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 13.06.2017 r."

Pismem z dnia 13 czerwca 2017 roku odwołująca udzieliła następującej odpowiedzi:

„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 09.06.2017 r. dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia ceny w pozycji kosztorysowej nr 9 - naprawa uszkodzeń konstrukcji betonowej zaprawą o spoiwie polimerowo - cementowym PCC podtrzymujemy swoje stanowisko, iż przedmiotowe wezwanie jest bezzasadne.

W przywołanym piśmie sam Zamawiający przyznał, iż cena oferty złożonej przez KWIAT - KOP jest ceną rynkową,

skalkulowaną na poziomie niemal identycznym z szacunkiem Zamawiającego i innych wykonawców ubiegających się o zamówienie, w szczególności zaś nie jest niższa o 30% ani od szacunkowej wartości zamówienia, ani od mediany wszystkich złożonych ofert.

Podkreślamy również, iż żaden z przepisów ustawy Pzp nie zezwala Zamawiającemu na porównywanie cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych. Takie podejście jest sprzeczne z ugruntowaną linią orzecznictwem wskazującą, iż punktem wyjścia do rozważań o rażąco niskiej cenie może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia (zob. np. wyr. KIO z 12.8.2009r., KIO/UZP 963/09). Zatem nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie rażąco niskiej ceny w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, czy niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym, jeżeli cena całkowita oferty nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen innych ofert i ogólnie rzecz ujmując od cen rynkowych. Oznacza to, iż nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów lub określonej części oferty odbiega od cen rynkowych, nie świadczy to o rażąco

niskiej cenie całej oferty. Podobnie w piśmiennictwie podkreśla się, iż nie może być powodem odrzucenia oferty zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej dokonanej przez wykonawcę" (w: Stachowiak, Komentarz, s. 403).

Znowelizowana ustawa Pzp przyznaje co prawda uprawnienie Zamawiającemu w zakresie badania elementów składowych ceny oferty, jednak ogranicza je wyłącznie do części istotnych.. Jak już wykazywaliśmy w informacji o niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego, przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „istotnej części składowej” ceny, jednak na bazie dotychczasowego orzecznictwa wywieść można twierdzenie, iż za podstawowe kryteria determinujące możliwość badania składnika ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej winny być uznane okoliczności takie jak to, czy badany składnik stanowi znaczną część całej ceny ofertowej lub też czy składnik ten miał duży wpływ na ww. cenę. Wartość pozycji, której wyjaśnienia domaga się zamawiający, stanowi zatem raptem 2,35% wartości złożonej oferty. Nie można zatem stwierdzić, iż jest to znaczna część kosztów realizacji robót ani że ma istotny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Co więcej, bezsprzecznie że tak niewielki procent zamówienia nie może zdecydować o rentowności całego kontraktu; tym bardziej nie może być uznany za istotną część składową zaoferowanej ceny. Tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania do wyjaśnień dotyczących tej pozycji. Niemniej jednak, z ostrożności procesowej, wyjaśniamy, co następuje:

Na cenę pozycji kosztorysowej nr 9 - naprawa uszkodzeń konstrukcji betonowej zaprawą o spoiwie polimerowo - cementowym PCC składaną się dwa elementy kosztotwórcze: koszt pracy oraz koszt niezbędnego materiału.

Zgodnie z zasadami przyjętymi w firmie KWIAT - KOP, pracownicy zawsze byli i nadal są zatrudniani na umowy o pracę. Dzięki temu, iż firma jednocześnie realizuje wiele kontraktów (w tym na rzecz GDDKiA), nie zatrudnia się pracowników wyłącznie do realizacji bieżącej umowy, ale kieruje do pracy wg. aktualnych potrzeb, odpowiednio „dociążając” każdy etat. Pozwoli to rozłożyć obciążenie wynikające z kosztów pracy na kilka źródeł finansowania, a tym samym zminimalizować koszty jednostkowe. Nadmienić należy również, iż do szczególnie sprzyjających okoliczności wykonywania zamówienia zaliczyć należy fakt, iż jesteśmy firmą lokalną. Oznacza to, iż nie jesteśmy zmuszeni do ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z realizacją zamówienia w tym zakresie; koszt utrzymania infrastruktury (biuro, zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa) rozkłada się na inne kontrakty

realizowane przez firmę. Ponadto nie ponosimy kosztów związanych z zapewnieniem zaplecza socjalnego dla pracowników (noclegi + diety). Biorąc pod uwagę średnie ceny noclegów pracowniczych na terenie miasta Busko Zdrój i okolic to koszt ok. 50 zł/dobę, stanowiący naszą wymierną oszczędność. Łącznie nocleg+dieta daje kwotę ok. 80 zł/dobę od jednego pracownika.

Informujemy ponadto, iż nie jesteśmy zmuszeni do zakupu materiału niezbędnego do wykonania robót - dysponujemy zapasem zaprawy, zakupionym po korzystnej cenie i składowanym na potrzeby realizowanych kontraktów, zatem nie jesteśmy zmuszeni do ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z koniecznością zakupu materiału do realizacji tego zamówienia.

Reasumując: na koszt wykonania robót objętych pozycją kosztorysową nr 9 składa się:

-koszt pracy: 10% ceny

- koszt materiałów: 90% ceny

Jednocześnie zaznaczamy, iż szacowany zysk na kontrakcie kształtuje się na poziomie 15 % ceny ofertowej netto.

Oświadczamy, iż cena zaoferowana przez KWIAT-KOP BUDOWNICTWO ROBOTY ZIEMNE w przedmiotowym postępowaniu obejmuje wszystkie elementy i wymagania wskazane przez Zamawiającego w siwz, uwzględnia wszystkie uwarunkowania związane z realizacją zamówienia w okresie obowiązywania umowy, została skalkulowana z należytą starannością w oparciu o rynkowe ceny przyjęte w branży budowlanej, a także zakłada zysk. Podkreślamy

również, iż specyfika zamówienia pozwala, w razie zaistnienia potrzeby, na ewentualne kompensowanie cenami za inne elementy świadczenia, przy zachowaniu rentowności kontraktu.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołująca jest uprawniona do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych

przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016

r. poz. 1265); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,

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

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p zostało ustalone ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy

– Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020). Od brzmienia obowiązującego przed nowelizacją (art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy P.z.p. z dnia 29 sierpnia 2014 r. ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) różni się między innymi tym, że aktualnie zamawiający jest obowiązany zwrócić się o udzielenie wyjaśnień nie tylko w sytuacji, gdy cena lub koszt wskazane w ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego, ale również wtedy, gdy rażąco niskie wydają się ich części składowe.

Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).

W ocenie Izby zamawiający zasadnie uznał, że pozycja nr 9 kosztorysu ofertowego stanowi istotną część składową wartości zamówienia. Zgodnie z kosztorysem inwestorskim, wskazana pozycja stanowiła 13,5% wartości zamówienia, była drugą pozycją co do wielkości procentowego udziału w wartości zamówienia i jedną z trzech (na 21), których wartość przekroczyła 10%. W tej kwestii nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołującej, iż pozycja ta stanowiła zaledwie 2,35% wartości jej oferty. Istotność części składowej winna być rozpatrywana na podstawie dokumentacji postępowania, w omawianym przypadku – kosztorysu inwestorskiego. Wykonawca poprzez zaniżenie wartości poszczególnych pozycji nie może zmieniać ich charakteru, udaremniając jednocześnie możliwość żądania złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej wyceny.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający prawidłowo zastosował art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wezwanie odwołującej do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny za wykonanie robót wskazanych w pozycji 9 kosztorysu.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na odwołującej, która - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostała. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać istnienie okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 – 5 ustawy P.z.p. i poprzez złożone wyjaśnienia dowodami.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującą, Izba stwierdziła, iż pismo z dnia 5 czerwca br. nie zawiera żadnych wyjaśnień w zakresie żądanym przez zamawiającego. Odwołująca ograniczyła się do zakwestionowania czynności zamawiającego, polegającej na wezwaniu jej do złożenia wyjaśnień. Z kolei wyjaśnienia z dnia 13 czerwca br. są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że odwołująca nie zaniżyła kwestionowanej pozycji. Odwołująca wskazała okoliczności, które w jej ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę, rozłożenie obciążenia wynikającego z kosztów pracy na kilka źródeł finansowania, fakt, że jest firmą lokalną i nie musi ponosić kosztów związanych z utrzymaniem infrastruktury (biura, zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa), zaplecza socjalnego dla pracowników (noclegi + diety), co pozwala jej na oszczędności w wysokości 80 zł/dobę od jednego pracownika. Poinformowała również, że dysponuje zapasem zaprawy, zakupionym po korzystnej cenie i nie musi ponosić dodatkowych kosztów związanych z koniecznością zakupu materiału do realizacji tego zamówienia.

Wskazane przez odwołującą czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi konkretnymi kwotami, o jakie odwołująca mogła obniżyć cenę. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Odwołująca nie wykazała przy tym, iż wskazane wyżej okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, którzy złożyli oferty z wyższą wyceną spornej pozycji kosztorysu. Nie jest wykluczone, że inni wykonawcy również zatrudniliby osoby mieszkające niedaleko miejsca wykonania zamówienia, właśnie dlatego, by obniżyć koszty osobowe. Odwołująca nie wykazała przy tym, w jaki sposób oszczędności na kosztach osobowych miałyby uzasadniać tak znaczną różnicę w wycenie pozycji 9 kosztorysu przez odwołującą i pozostałych wykonawców. Odwołująca nie przedstawiła również żadnego dowodu na okoliczność posiadania przez nią odpowiedniej ilości zaprawy, przy czym – jak słusznie podnosił zamawiający – odwołująca musiałaby również udowodnić, że zaprawa nadaje się do wykorzystania w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołując na rozprawie złożyła dowód w postaci protokołu z objazdu obiektów inżynierskich na okoliczność wykazania, że łączna ilość zaprawy to 6,5 m³, a nie – jak wskazywał zamawiający – 20 m³. Izba podkreśla, że informacje takie winny być przekazane przez odwołującą zamawiającemu, w związku z wystosowanym przez niego wezwaniem z dnia 1 i 9 czerwca 2017 roku, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08, gdzie wskazano, że *Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 pzp powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji oraz w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja*

„określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy

niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

.....