

**WYROK**  
**z dnia 30 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2016 r. przez wykonawcę **ELSIK sp. z o.o., Lniska 22, 83-330 Żukowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kartuzy, ul. Gen. Józefa Hallera 1, 83-300 Kartuzy,**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża ELSIK sp. z o.o., Lniska 22, 83-330 Żukowo i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ELSIK sp. z o.o., Lniska 22, 83-330 Żukowo** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **ELSIK sp. z o.o., Lniska 22, 83-330 Żukowo** na rzecz **Gminy Kartuzy, ul. Gen. Józefa Hallera 1, 83-300 Kartuzy** kwotę 4 008 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego i dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kartuzy, ul. Gen. Józefa Hallera 1, 83-300 Kartuzy, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Modernizacja boisk asfaltowych na wielofunkcyjne boiska poliuretanowe wraz z wyposażeniem i ogrodzeniem boisk*”.

Dnia 11 maja 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 16 maja 2016 roku wykonawca ELSIK sp. z o.o., Lniska 22, 83-330 Żukowo (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyboru oferty F.H.U. AUTO-SPORT I.K., Cieszenie 7D, 83-334 Miechucino, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez:

- bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

- bezpodstawne uznanie, że dokonana ocena wyjaśnień odwołującego wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (bezpodstawne uznanie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia),

podczas gdy z treści wyjaśnień odwołującego i przedstawionych dowodów wynika, że cena odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, oferta została prawidłowo i rzetelnie wyceniona, w konsekwencji czego - bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, oraz bezpodstawny wybór oferty F.H.U. AUTO-SPORT I.K., jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta przez zamawiającego, unieważnienie (lub nakazanie unieważnienia) czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wyboru oferty F.H.U. AUTO-SPORT I.K., jako najkorzystniejszej oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

albo

- 2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, unieważnienie umowy zawartej przez zamawiającego,

- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu w kwocie 10.000,00 zł, kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocników w kwocie 3.600,00 zł,
- 4) dopuszczenie oraz przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodów powołanych w odwołaniu - na okoliczności wskazane w jego treści.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający całkowicie bezpodstawnie przyjął, że odwołujący posiada prawnie wiążący obowiązek, aby ceny wszystkich materiałów, które miałyby zostać wykorzystane w trakcie realizacji zamówienia kalkulować, co najmniej na poziomie cen ich zakupu. Odwołujący podniósł, że działa w warunkach wolnej gospodarki rynkowej i jest autonomicznym przedsiębiorcą, w rezultacie czego on sam ma prawo decydować po jakich stawkach chce zaoferować wykorzystanie danego materiału budowlanego. W tym zakresie zamawiającemu nie przysługuje prawo nakładania na odwołującego jakichkolwiek rygorów prawnych. W szczególności odwołujący może zaoferować dany materiał w bardzo korzystnej cenie w sytuacji w której otrzymał go od swojego kooperanta na zasadzie premii za współpracę i towar ten z racji na krótki termin ważności musi być wbudowany w nieodległym czasie - taka sytuacja dotyczy właśnie materiału poliuretanowego uzyskanego od przedsiębiorstwa BSG Sp. z o. o., 95-100 Zgierz, ul. A. Struga 20 (dalej „BSG”). Odwołujący, jako podmiot specjalizujący się w wykonywaniu boisk z sztucznej nawierzchni, bardzo często dysponuje nadwyżkami tego typu materiału. W takiej sytuacji, kierując się względami kalkulacji ekonomicznej oraz dbając o zapewnienie płynności finansowej dla przedsiębiorstwa, w oczywistym interesie odwołującego jest wykorzystanie (nawet poniżej ceny zakupu), materiałów budowlanych znajdujących się w jego zapasach (stany magazynowe) w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia (co przełoży się na "upłynnienie" tej masy towarowej i uzyskanie przez odwołującego środków pieniężnych "zamrożonych" w towarze), nawet jeżeli przy tej jednostkowej pozycji kosztu odwołujący nie będzie w stanie wygenerować zysku. Z perspektywy odwołującego nie jest bowiem kluczową kwestią realizacja zysku na każdym materiale lub robociznie wykonanej w ramach konkretnego zlecenia, lecz ostateczny wynik finansowy kalkulowany w ramach rocznego bilansu finansowego. Tylko bowiem ten wynik decyduje w ostatecznym rozrachunku, o tym czy aktywność gospodarcza danego podmiotu jest uzasadniona z punktu widzenia bilansu ekonomicznego czy też nie. Prawidłowe prowadzenie przedsiębiorstwa przez odwołującego wynika m.in. z rachunku zysków i strat za lata 2014-2015 (wariant porównawczy uwzględniający wynik roku 2014) w treści, których to dokumentów wskazano, że za każdy z tych lat odwołujący wypracował zysk. Oznacza to, że odwołujący postępując zgodnie ze strategią w myśl, której na części zleceń nie musi wypracować zysku, zaś na innych może

sobie to skompensować działa prawidłowo gdyż w ostatecznym (rocznym) rozrachunku jest w stanie osiągnąć dodatni wynik finansowy swoich działań gospodarczych. Dodatkowo, odnosząc się do tej kwestii, odwołujący zaznaczył, że całkowicie nietrafiony jest zarzut zamawiającego, jakoby to materiał poliuretanowy, który miałby zostać wykorzystany przez odwołującego, był różnej jakości i pochodził od różnych dostawców. W przypadku odwołującego i przedmiotowego zamówienia, materiał pochodzi wyłącznie od jednego dostawcy, którym jest przedsiębiorstwo BSG, i który to materiał został przekazany odwołującemu przez tegoż dostawcę w ramach "premi" za realizację wysokich obrotów i długotrwałą współpracę. W związku z tym, w ocenie odwołującego, bezpodstawnym jest zarzut zamawiającego dotyczący obaw, że materiał ten może być różnej jakości. Nawet gdyby materiał ten pochodził od różnych dostawców (co w niniejszym przypadku nie ma miejsca), to i tak było by to bez znaczenia w sprawie, ponieważ ten konkretny materiał budowlany wykorzystywany jest do wykonania podbudowy boiska i w rezultacie nie jest widoczny. Oznacza to tym samym, że jeżeli nawet materiał ten różniłby się np. kolorem w zależności od daty produkcji danej partii surowca, to i tak byłoby to bez znaczenia z punktu widzenia walorów estetycznych inwestycji realizowanej przez odwołującego na rzecz zamawiającego. Uzupełniająco odwołujący podniósł, że w jego najlepiej pojętym interesie jest wykorzystanie materiału dostarczonego przez przedsiębiorstwo BSG, ponieważ materiał ten posiada termin przydatności do użycia upływający z końcem roku 2016 i po upływie tego okresu będzie z punktu widzenia odwołującego bezużyteczny. W przypadku gdyby odwołujący nie dał rady wykorzystać tego materiału w trakcie jednej z budów, to po upływie terminu jego przydatności do wykorzystania byłby zmuszony pokryć z własnych środków koszty utylizacji tego materiału. Oznacza to więc, że interesie ekonomicznym odwołującego jest wykorzystać materiał dostarczony mu przez przedsiębiorstwo BSG, ponieważ nie tylko pozwoli mu to upłynnić środki pieniężne zakumulowane w tym towarze lecz ponadto pozwoli to uniknąć konieczności wydatkowania znacznych kwot niezbędnych do przeprowadzenia procesu jego utylizacji w sposób wymagany przez obowiązujące przepisy prawa.

Odwołujący wskazał, że koszt robocizny w całkowitym koszcie związanym z przedmiotowym zamówieniem to zaledwie 3 %, podczas gdy 97 % kosztów to materiały. Powyższe obrazuje więc, że koszt związany ze stawką za jedną godzinę pracy przy realizacji zamówienia, tak na prawdę posiada marginalne znaczenie z punktu widzenia realizacji tegoż zlecenia budowlanego i nie może stanowić rozstrzygającego argumentu - w szczególności nie może być podstawą do odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że w ramach narzuconego przez zamawiającego standardu Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR) realizacja całego zamówienia powinna zająć 1258 roboczogodzin, podczas gdy odwołujący, dzięki profesjonalnej znajomości branży oraz optymalizacji procesów budowy, jest w stanie wykonać tę inwestycję w 900 roboczogodzin

przy zachowaniu poziomu jakości wymaganego przez zamawiającego. Po dokonaniu przeliczenia ilości roboczogodzin po stawkach ustawowych daje to kwotę 16 983,00 zł, podczas gdy w przypadku stawki zaproponowanej przez odwołującego daje to rezultat w wysokości 14 467,00 zł. Oznacza to różnicę na poziomie 2 516,00 zł, co biorąc pod uwagę, że odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 496 000,00 zł, uznać należy za kwestię marginalną pozbawioną zasadnicze znaczenia w niniejszej sprawie. Dodatkowo odwołujący zaznaczył, że w celu optymalizacji kosztów prac wykonywanych przez jego przedsiębiorstwo podjął decyzję o zatrudnieniu pracowników z Ukrainy. Z osobami tymi nie są jednak zawierane umowy o pracę (brak obowiązywania płacy minimalnej) lecz współpracują oni z odwołującym w oparciu o umowy zlecenia. W treści umów zlecenia ich strony przyjęły, że zleceniobiorca otrzymuje miesięczne wynagrodzenie w kwocie 925,00 zł brutto za 20 godzin pracy w tygodniu (odpowiednik pracy w wymiarze połowy etatu), co przy przyjęciu analogicznych założeń odnośnie ilości dni oraz godzin pracy w trakcie roku 2016 (2016 roboczogodzin) jak to uczynił zamawiający oznacza, że koszt jednej roboczogodziny pracy zleceniobiorcy na rzecz odwołującego wynosi 11,01 zł brutto. Tym samym, w sytuacji w której odwołujący zaproponował w przedstawionej kalkulacji stawkę 11,50 zł brutto za roboczogodzinę oznacza to, że na każdej jednostce godzinowej pracy założył on realizację zysku w kwocie 49 gr. Nie można w związku z tym postawić odwołującemu zarzutu, że zamówienie miałoby zostać zrealizowane przez niego poniżej rzeczywiście poniesionych kosztów pracy świadczonej przez osoby z nim współpracujące. Stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie jest dokładnie odwrotnie - odwołujący tak sporządził kosztorys, że na każdej godzinie pracy swoich "podwykonawców" będzie realizował zysk.

Odwołujący wskazał, iż koszty pośrednie są pozycją, którą muszą brać pod uwagę wszystkie przedsiębiorstwa sporządzające kosztorysy prac. Jednocześnie nie można jednak zapominać, że każdy wykonawca, jako samodzielny przedsiębiorca, dokonujący własnej kalkulacji opłacalności prowadzenia aktywności gospodarczej w konkretnym obszarze specjalizacji, rozstrzyga kwestię rentowności tej działalności nie z perspektywy pojedynczego zlecenia lecz ocenia to kalkulując wynik finansowy w wymiarze rocznym lub dłuższym, na co składa się z reguły realizacja od kilkunastu do kilkudziesięciu zleceń rocznie. W związku z tym wykonawca, który chce utrzymać się na rynku, oferując jednocześnie atrakcyjne stawki za swoje usługi, jest w pełni uprawniony aby tak konstruować swoje oferty aby niektóre zlecenia realizować na minimalnym poziomie marży (lub też pokrywać tylko koszty swojej działalności), zaś w przypadku części zleceń, tam gdzie pozwalają na to warunki konkurencji, realizować wyższą marżę. Dzięki przyjęciu takiej strategii rynkowej wykonawca może traktować część zleceń, jako pozwalające mu zachować płynność finansową i dawać podstawę do pokrywania bieżących wydatków o charakterze stałym, zaś zysk realizować na

części zleceń, tam gdzie pozwalają na to warunki ekonomiczne. Oznacza to, że w przypadku wzmiankowanych przez zamawiającego kosztów pośrednich, odwołujący ma pełne prawo, aby tak kalkulować te koszty, aby lokowały się one na poziomie minimalnym, zaś jeżeli w trakcie realizacji danego kontraktu zajdzie konieczność poniesienia przez niego dodatkowych kosztów (np. w związku z świadczeniem usług gwarancji jakości), to wydatki te mogą być finansowane z zysków wypracowanych przez odwołującego na innych zleceniach. Z punktu widzenia zamawiającego istotne powinno być przede wszystkim to czy podmiot, któremu udzielane jest zlecenie publiczne, znajduje się w takiej kondycji finansowej, aby dawał rękojmię należytego wykonania całej umowy wraz ze świadczeniami gwarancyjnymi. Zdaniem odwołującego, nie można zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym przez zamawiającego, że rozstrzygające powinno być czy dana kwota kosztów pośrednich w jego ocenie w pełni zabezpiecza wartość ew. napraw gwarancyjnych itp.

Zamawiający powinien bowiem, podczas dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty i w toku weryfikacji, czy dana cena jest adekwatna, brać pod uwagę także kondycję finansową danego wykonawcy. Odwołujący wskazał, że jest stabilnym przedsiębiorstwem, które rok w rok realizuje sprzedaż na zbliżonym poziomie i jednocześnie regularnie wykazuje znaczny zysk do opodatkowania. Przedstawione dane finansowe dowodzą, że odwołujący realizuje kontrakty z marżą rynkową, dzięki czemu jest w stanie utrzymać swoje przedsiębiorstwo oraz należycie realizować kolejne kontrakty. Odwołujący działa przede wszystkim na rynku zamówień publicznych - z tego źródła pochodzi 90 % jego obrotów. Przedstawione dane finansowe dowodzą, że funkcjonując na tym rynku Odwołujący jest w stanie nie tylko zapewnić utrzymanie swojego przedsiębiorstwa w sensie pokrycia kosztów jego działania, lecz także w każdym z ostatnich lat odnotowuje istotny zysk netto. Pozytywną kondycję finansową odwołującego potwierdzają także bieżące wyniki dotyczące roku 2016. Jak wynika bowiem z rachunku zysku i strat za 1 kw. 2016 r., odwołujący w tym okresie wypracował zysk po opodatkowaniu w kwocie ponad 130.000,00 zł, co biorąc pod uwagę, iż I kw. przypada na okres zimowy nakazuje wnioskować, że odwołujący znajduje się w dobrej kondycji ekonomicznej i w trakcie tegoż roku zrealizuje wynik na poziomie zbliżonym jak w latach 2014-2015.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu, oferta złożona przez odwołującego przedstawiała się jako najkorzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert. Wobec tego na skutek zarzucanych odwołaniem naruszeń przepisów ustawy Pzp, których dopuścił się zamawiający, w tym zwłaszcza bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, przez co odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia

(szkodę w postaci utraty spodziewanych korzyści związanych z ewentualnym zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego w spornym postępowaniu).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 836 924,35 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu wyniosła kwotę 810 937,61 zł brutto. Odwołujący złożył ofertę, w której zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 496 000,00 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 21 kwietnia 2016 roku, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie zaproponowanej przez niego ceny.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący złożył pismo z dnia 25 kwietnia 2016 roku, z załącznikami wskazując, że posiada bliżej nieokreślone zapasy materiałów budowlanych, które mogą zostać użyte na wykonanie przedmiotowego zamówienia, w tym komponenty na wykonanie nawierzchni poliuretanowej na łączną kwotę 42 367,00 zł netto.

Jako element mający uzasadniać wysokość zaoferowanej ceny odwołujący wskazał także na fakt posiadania struktury zatrudnienia w postaci zatrudniania części osób na podstawie umów o pracę, a dodatkowo części osób na podstawie umów cywilnoprawnych, co ma powodować elastyczność i optymalizację zatrudnienia. Odwołujący, bardzo ogólnie stwierdził, że podejmuje działania w celu jak najlepszego wykorzystania zasobów ludzkich.



Dodatkowo z przedstawionych informacji wynikało, że odwołujący posiada część sprzętu niezbędnego do wykonania prac, co pozwoli zaoszczędzić na kosztach wynajmu sprzętu oraz posiada wykwalifikowaną kadrę, doświadczenie oraz przyznane rabaty u kontrahentów. Odwołujący nie wskazał, jaką liczbą pracowników miałby przedmiot umowy wykonać. W złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach oraz treści odwołania brak jest uzasadnienia, co do okoliczności wskazujących, jak odwołujący miałby tak znacząco „oszczędzić” na czasie wykonania robót, przy zachowaniu poziomu jakości wymaganego przez zamawiającego, które pozwalałyby na zaoferowanie ceny na takim poziomie. Podane zostały w tym zakresie jedynie ogólnikowe twierdzenia odnośnie profesjonalnej znajomości branży oraz optymalizacji procesu budowy.

W związku z tak udzielonymi wyjaśnieniami, zamawiający w dniu 11 maja 2016 roku, poinformował odwołującego o odrzuceniu Jego oferty, w uwagi na okoliczność, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Uzasadniając rozstrzygnięcie zamawiający wskazał, że w jego ocenie odwołujący nie będzie w stanie prawidłowo wykonać zamówienia za kwotę wynagrodzenia wskazaną w jego ofercie, w efekcie czego oferta odwołującego podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego zawartą zarówno w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, jak i w piśmie procesowym zamawiającego – odpowiedzi na odwołanie.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - 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.37));

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Biorąc powyższą dyspozycję wskazanego przepisu zamawiający, formalnie, prawidłowo zinterpretował treść omawianego przepisu i prawidłowo wystosował do odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie czy oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby, zamawiający również w sposób merytorycznie prawidłowy, dokonał oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień, czego konsekwencją było odrzucenie oferty odwołującego.

Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, a negatywną konsekwencją braku wykazania przez wykonawcę, że cena nie jest rażąco niska, jest odrzucenie oferty 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 (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Przedkładając powyższe, na ustalenia faktyczne poczynione przez Izbę podnieść należy, że odwołujący w sposób lakoniczny i bardzo ogólnikowy przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia, z których nie sposób wywieść, w jaki sposób odwołujący dokonał kalkulacji ceny oferty, jakie to specyficzne czynniki, niedostępne innym wykonawcom, pozwoliły na oszacowanie przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki dokonał tego odwołujący.

Zadaniem odwołującego, który zostaje wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest ostateczne i definitywne udowodnienie (przekonanie) zamawiającemu, że cena zaproponowana w ofercie wykonawcy pytanego o cenę ofertową, jest ceną rzeczywistą, realną, a w szczególności pokrywającą wszystkie niezbędne koszty, umożliwiające realizację zamówienia w sposób prawidłowy.

Odwołujący w wyjaśnieniach, gdyż to tylko one mogą podlegać ocenie przez Izbę, odwołujący odniósł się do szeroko posiadanych przez niego zasobów magazynowych materiałów budowlanych, dobrej współpracy z hurtowniami materiałów budowlanych i posiadanymi rabatami w tychże, optymalizacji zatrudnienia i posiadania odpowiedniego sprzętu oraz posiadaniem bogatego doświadczenia w realizacji podobnych projektów. Na poparcie ww. okoliczności odwołujący do wyjaśnień załączył kosztorysy, faktury oraz oferty.

W ocenie Izby wyjaśnienia odwołującego nie potwierdziły, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską.

Wskazują na to następujące okoliczności.

Odwołujący załączył dowody zakupu materiałów - komponentów na wykonanie nawierzchni poliuretanowej. Jakkolwiek dokumenty te potwierdzają ich zakup, to w żaden sposób nie potwierdzają faktu ich niewykorzystania przez odwołującego i posiadania na stanach magazynowych. Nie zostały przedłożone dokumenty potwierdzające stany magazynowe odwołującego (dopiero na rozprawie odwołujący przedłożył wydruki stanów

magazynowych). Nawet uznając (na dzień złożenia wyjaśnień przez odwołującego) posiadanie tych materiałów przez odwołującego i ich wartość, w stosunku do zaoferowanej ceny ofertowej, nadal istniałoby domniemanie, że jest ona rażąco niska, albowiem nawet gdyby odwołujący tych materiałów nie posiadał i musiał doliczyć ich wartość do ceny - nadal oferowana cena byłaby o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że w odwołaniu odwołujący podaje w zakresie zapasów pochodzących od BSG, nową argumentację wskazującą, że odwołujący otrzymał materiał od tej spółki „na zasadzie premii za współpracę” - „w ramach premii za realizację wysokich obrotów i długotrwałą współpracę”, a nie poprzez zakup wynikający z faktury.

Dowód na powyższe miał stanowić załącznik do odwołania w postaci oświadczenia spółki BSG, które jednak nie zostało przekazane zamawiającemu ani Izbie.

Z kolei na rozprawie odwołujący podnosił, iż zapasy pochodzące od firmy BSG to wynik uznania przez tę firmę reklamacji odwołującego. Na tę okoliczność odwołujący złożył dowód w postaci zamówienia oraz zestawienie stanów magazynowych z grudnia 2015 roku oraz z marca 2016 roku. W ocenie Izby wskazane dowody uznać należało za sprzeczne ze sobą, a tym samym niewiarygodne, albowiem jak to wynika z zamówienia, odwołujący w ramach reklamacji otrzymał od firmy BSG jedynie 3 beczki kleju z 23 beczek zamówionych i dostarczonych. Tym samym stan zapasów magazynowych nie odpowiada faktycznemu stanowi posiadania odwołującego. Nadto odmienna, a wręcz wewnątrznie sprzeczna, argumentacja odwołującego uzależniona od bieżących okoliczności sprawy podważa wiarygodność oświadczeń składanych przez odwołującego.

Dodatkowo podnieść należy, iż zamawiający osobiście zwrócił się do spółki BSG o potwierdzenie okoliczności dotyczącej możliwości pozyskania w ramach premii dodatkowego, darmowego materiału. Spółka ta przesłała zamawiającemu w formie elektronicznej pismo z dnia 19 maja 2016 roku, z oświadczeniem, że „dotychczasowa strategia tej spółki nie przewiduje nieodpłatnego przekazywania materiałów w związku z realizacją wysokich obrotów lub długotrwałą współpracą”. Tym samym, nie sposób zarzucić zamawiającemu na etapie podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, niewłaściwej oceny powyższych okoliczności (w ogóle nie zostały one podniesione przez odwołującego w wyjaśnieniach) - powyższe poddaje w wątpliwość wiarygodność twierdzeń odwołującego i jego rzetelności.

W ocenie Izby, stawki jednostkowe pracy sprzętu nie pokrywają faktycznych kosztów pracy i utrzymania sprzętu nawet przy założeniu, że byłby to sprzęt wykonawcy. Ponadto skalkulowana przez odwołującego suma łączna kosztów pośrednich przy realizacji trzech boisk wynosi 1 738,96 zł netto. W ocenie Izby, tak niska kwota w żaden sposób nie zabezpieczy wydatków wynikających z kosztów pośrednich, które wykonawca będzie musiał

ponieść na realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący w odwołaniu nie odniósł się merytorycznie do kwestii kosztów pośrednich. W tym fragmencie odniósł się jedynie do strategii działalności odwołującego i wyników finansowych, nie odnosząc się do konkretnych wartości tych kosztów przyjętych w złożonym kosztorysie.

Jak słusznie wskazał zamawiający, odwołujący w odwołaniu podniósł także nową okoliczność, która nie została wskazana w złożonych wyjaśnieniach, dotyczącą zatrudnienia pracowników z Ukrainy, załączając także umowy zawarte z tymi osobami. W ocenie Izby okoliczność ta pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie. Abstrahując już nawet od tego, że informacja ta siłą rzeczy nie podlegała ocenie zamawiającego (więc nie sposób czynić mu zarzutu w zakresie jej oceny) oraz rażąco niskich stawek wynagrodzenia - to jednakowoż na dzień rozprawy 3 spośród 4 złożonych umów już wygasły na skutek upływu czasu, na jaki zostały zawarte, a ostatnia z nich wygasa za niespełna miesiąc. W argumentacji zawartej w odwołaniu nie uwzględniono także konieczności odprowadzenia składek ubezpieczenia zdrowotnego oraz innych należności prawem przewidzianych, albowiem przepisy chociażby ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych nie różnicują obowiązku płatniczego ze względu na posiadane obywatelstwo. Dlatego też nieprawidłowe jest wyliczenie dokonane w odwołaniu i dalej wskazanie, że odwołujący miałby odnieść zysk w tym zakresie. Z uwagi na stosunki dwustronne pomiędzy Polską i Ukrainą pobyt obywateli Ukrainy na terytorium Polski związany jest także z wydaniem stosownej wizy, dlatego też brak jest jakichkolwiek gwarancji, że pracownicy ci rzeczywiście wykonywaliby prace w ramach przedmiotu zamówienia. Co prawda na rozprawie odwołujący podnosił, iż złożył do właściwego wojewody wnioski związane z przedłużeniem wiz dla pracowników ukraińskich i otrzymał (wg. oświadczenia odwołującego) stosowne zezwolenia, jednakże na tę okoliczność żadnego dowodu odwołujący nie przedstawił.

W ocenie Izby, osiągnięcie zysku przez odwołującego nie jest realne, co zresztą pośrednio potwierdził sam odwołujący we wniesionym odwołaniu, odnosząc się do tego, że postępuje zgodnie ze strategią firmy, iż na części wykonywanych zleceń nie musi wypracować zysku i szeroko opisując okoliczności prowadzenia działalności i fakt realizowania niektórych zleceń tylko na pokrycie poniesionych kosztów oraz finansowania wydatków z zysków wypracowanych przez odwołującego na innych inwestycjach.

Zwrócić również należało uwagę na okoliczność, iż odwołujący, na etapie odwołania powołał nowe dokumenty (wcześniej niewskazywane) w postaci rachunku zysków i strat za rok 2015 oraz pierwszy kwartał 2016. Zdaniem Izby, nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie. Okoliczność, że odwołujący odnotował zysk w ostatnim okresie prowadzenia działalności w żadnym razie nie stanowi uzasadnienia i wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nie jest to żadna okoliczność, która może

pozytywnie wyróżniać odwołującego i uzasadniać wysokości zaoferowanej ceny - a raczej jest to standard oczekiwany od każdego potencjalnego wykonawcy.

Nadto, odnosząc się do argumentacji przytoczonej w odwołaniu, Izba wskazuje, iż nie jest prawdą, iż wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, składając swoją ofertę ma pełną swobodę w kreowaniu cen, w szczególności ma możliwość oferowania cen towarów i usług poniżej cen ich zakupu, gdyż sytuacja taka może prowadzić do zarzutu oferowania cen dumpingowych, w konsekwencji do postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji. Również krytycznie należy odnieść się do argumentacji odwołującego, że w przypadku konieczności poniesienia dodatkowych kosztów związanych chociażby z obowiązkiem świadczenia usług gwarancyjnych, koszt tych usług i robót zostanie sfinansowany z zysku z innych inwestycji. Po pierwsze nie jest wiadomym, czy odwołujący będzie realizował w przyszłości inne zamówienia i czy osiągnięty na tych kontraktach zysk będzie w stanie pokryć ewentualne koszty związane z realizacją gwarancji na tym konkretnym zamówieniu. Po drugie założenie takie wypacza zasadę równego dostępu do zamówień publicznych, a w konsekwencji może prowadzić do postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji.

Co do argumentacji związanej z dodatnim bilansem finansowym firmy, podnieść należy, iż okoliczność, że ogólnie, w stosunku rocznym, firma osiąga dodatnie wyniki finansowe, nie oznacza, że na tym konkretnym zamówieniu, wykonawca postępuje zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji czy rzetelności kupieckiej. Na dzień składania ofert odwołujący nie jest bowiem w stanie wykazać i nie wykazał (a przynajmniej na etapie składania wyjaśnień, kolejno na rozprawie), jakie zamówienia, w bieżącym roku będzie realizował, i z których to zamówień, w których osiągnie „duży” zysk, będzie finansował ewentualne dodatkowe koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Takie ogólnikowe twierdzenia nie mogą stanowić dowodu, co do rzetelności skalkulowania ceny ofertowej.

Izba wskazuje również, że odwołujący w odwołaniu (na etapie wyjaśnień, odwołujący takiej argumentacji nie podnosił) odnosił się do możliwych do poniesienia kosztów utylizacji posiadanych materiałów (w szczególności kleju), jednakże w ocenie Izby, przy wykonawcy, który, wg. oświadczenia odwołującego, w 90 % realizuje zamówienia w podobnym zakresie, koszt utylizacji musi być standardowo wliczony w koszty działalności firmy, która musi się liczyć z faktem, że przy zakupie większej partii materiałów i ich niewykorzystaniu, będzie zmuszona do poniesienia kosztu ich utylizacji. Nie jest to zatem argument, który mógłby uzasadniać wysokość zaoferowania tak niskiej ceny.

Odwołujący na etapie składania wyjaśnień nie podnosił również argumentu, a co za tym idzie nie powołał w tym zakresie żadnych dowodów, w zakresie optymalizacji prac i związanych z tym ograniczeniem roboczogodzin (do 900). Odwołujący nie wskazywał ile osób, w jakim zakresie i na jakich podstawach prawnych będzie zatrudnionych przy realizacji

przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie podał również informacji, że część z tych osób będzie pochodzenia ukraińskiego i że będą zatrudnione jedynie na ½ etatu. Dlatego też ocena powyższych faktów nie mogła być dokonana przez zamawiającego, a co za tym idzie brak tych informacji nie może w konsekwencji negatywnie oddziaływać na ocenę czynności zamawiającego.

Rekapitulując Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym w szczególności okoliczności, które mogłyby wyróżniać odwołującego spośród pozostałych wykonawców i uzasadniać tak niską zaoferowaną cenę. Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień opierał się na informacjach (bardzo ubogich w treść dowodową) przekazanych mu przez odwołującego, ale także na swojej wiedzy, doświadczeniu zawodowym i życiowym, logice oraz znajomości warunków rynkowych.

W ocenie Izby, prawidłowa ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego musiała prowadzić do konstatacji, że cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną niepokrywającą wydatków wykonawcy związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, jak również pozostaje nierealna w relacji do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że uzasadniona była decyzja zamawiającego, iż wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez odwołującego nie gwarantuje prawidłowej i rzetelnej realizacji przedmiotu zamówienia, bez wysokiego ryzyka poniesienia przez niego straty. Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Dlatego też zamawiający zgodnie z ustawą Pzp, obowiązany był odrzucić ofertę odwołującego i decyzję tę - w świetle wyjaśnień złożonych przez odwołującego - należało uznać za w pełni uzasadnioną.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu na rozprawę.

**Przewodniczący:** .....