

Sygn. akt: KIO 422/17

WYROK
z dnia 23 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2017 r. przez **B. s.c. T. H., T. P., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Tomaszów Mazowiecki, (...)**

przy udziale **P. R. D.-M. sp. z o.o., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **B. s.c. T. H., T. P.(...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **B. s.c. T. H., T. P., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

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 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 **Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Tomaszów Mazowiecki - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę drogi gminnej nr (...) w miejscowości S. wraz z infrastrukturą techniczną. Zamówienia składa się z dwóch zadań: zadanie nr 1 - rozbudowa drogi gminnej nr (...) w miejscowości S., zadanie nr 2 - budowa i przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości S. Zamawiający nie dopuścił do składania ofert częściowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5.01.2017r. pod nr 3217-2017.

W dniu 6 marca 2017r. Odwołujący – B. s.c. T. H., T. P. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty P. R. D.-M. sp. z o.o. i zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art 90 ust 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż nie zawierała ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż Odwołujący złożył szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia oraz dołączył Zamawiającemu dowody celem wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty Wykonawcy P. R. D.-M. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
4. art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp w zw. z art. 91 ust 1 Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy P. R. D.-M. Sp. z o.o. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i uznanie, iż cena oferty Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty P. R. D.-M. Sp. z o.o.,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. wyboru oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wniósł także o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu

kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, Odwołujący odniósł się do opinii projektanta oraz inspektora nadzoru, na które powołał się Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wskazał, że zamówienie nie zostało podzielone na części, zatem Zamawiający oraz „biegli” winni porównać cenę oferty złożoną na całe postępowanie. Cena całej oferty Odwołującego była niższa o 32,53% od wartości zamówienia brutto ustalonej przez Zamawiającego. Z kolei cena całej oferty Wykonawcy P. R. D.-M. Sp. z o.o. była niższa o 29,52% od wartości zamówienia brutto ustalonej przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego była bowiem niższa od oferty Wykonawcy P. R. D.-M. Sp. z o.o. (PRDiM) o 161.048,03 zł (co stanowi 4,71% wartości zamówienia), co w świetle ponad dwumilionowych ofert wydaje się różnicą jak najbardziej konkurencyjną.

Odnosząc się do opinii W. P., który wskazał, że najbardziej znaczący wpływ na wartość inwestycji mają roboty masowe: roboty nawierzchniowe – nawierzchnie bitumiczne oraz z kostki betonowej wibroprasowanej, Odwołujący wskazał, że stawki w pozycjach nawierzchnie z mieszanek mineralno-bitumicznych asfaltowych o grubości 4 cm są w ofercie Odwołującego wyższe od przyjętych w kosztorysie oraz przez Przystępującego. cena jednostkowa w kosztorysie inwestorskim wynosi 17,64 zł, w ofercie Odwołującego - 19,46 zł, w ofercie PRDiM - 16,40 zł.

Z kolei dla wyrównań mieszanką mineralno-bitumiczną, asfaltową śr. 75 km/m² cena jednostkowa Odwołującego wynosi 13,48 zł, a w firmie PRDiM wynosi 10,62 zł. Zatem, znów cena Odwołującego jest wyższa od ceny podanej przez PRDiM, więc również i w tym przypadku nie może być mowy o zaferowaniu przez Odwołującego ceny rażąco niskiej. Mając zaś na uwadze pozycję chodniki z kostki betonowej, gr. 8 cm na podsypce cem.-piaskowej z wypełnieniem szczelin piaskiem, cena jednostkowa w kosztorysie inwestorskim wynosi 48,77 zł. cena Odwołującego - 57,22 zł, cena w firmie PRDiM -42,22 zł. Czyli również i w tym przypadku cena zaferowana przez Odwołującego jest wyższa zarówno od ceny przyjętej w kosztorysie inwestorskim, jak i od tej zaferowanej przez PRDiM, nie można zatem zarzucać Odwołującemu zaferowania ceny rażąco niskiej. Nie zgodził się również z poglądem autora omawianej opinii, zgodnie z którym „Ceny w PRDiM są nieznacznie niższe niż w kosztorysie inwestorskim”. W przypadku pozycji chodników z kostki betonowej różnica ta wynosi aż 6,44 zł (13,2%), nie można mówić zatem o cenie nieznacznie niższej. Według autora przedmiotowej opinii Wykonawca PRDiM przekonująco uzasadnił w wyjaśnieniach zaniżone ceny, z uwagi jednak na objęcie tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, że nie może zweryfikować powyższego stanowiska.

Odwołujący podkreślił, iż nie zaproponował ceny wykonania niniejszego zamówienia na rażąco niskim poziomie, a jego wyjaśnienia są przekonujące i wyczerpujące. Ponadto, Zamawiający niezasadnie wskazuje, iż o cenie rażąco niskiej świadczy porównanie oferty

Odwołującego z kosztorysem inwestorskim. To nie kosztorys czy szacunkowa wartość zamówienia, stanowią elementy odniesienia do stwierdzenia ceny rażąco niskiej, a raczej ceny rynkowe. Odwołujący zaprzeczył jakoby podane przez niego ceny odbiegały w sposób rażący od cen rynkowych.

Odnosząc się do opinii p. Z. B., Odwołujący podniósł, że autor skupia się przede wszystkim na wykazaniu kilku elementów kalkulacji ceny oferty Odwołującego (np. ceny sprzętu, ceny piasku, pospółki), które są zdaniem autora opinii rażąco zaniżone i odbiegające od cen obowiązujących na terenie Tomaszowa Mazowieckiego. Autor opinii dochodzi zatem do wniosku, iż *„Kwota końcowa dla zadania zaoferowana przez Wykonawcę (kosztorys ofertowy na kwotę 2.000.208,14 Zł) jest niższa od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania (kosztorys inwestorski - 3.232.691,66 zł) o 38,13 % - co jest kwotą niską w sposób rażący odbiegającą od kalkulacji inwestora”*

Nie zgadzając się z tą tezą Odwołujący podniósł, że sam fakt, że cena ofertowa zaproponowana przez Odwołującego rzekomo odbiega w sposób rażący od kosztorysu inwestorskiego, w żaden sposób nie przesądza o wysnuciu wniosku, iż cena oferty Odwołującego jest ceną rażąco niską. Powołał na tę okoliczność wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r Sygn. akt KIO 1851/16. Podkreślił, że ceny wskazywane w kosztorysie inwestorskim są w znaczący sposób zawyżone i odbiegają od wartości rynkowej. Na podobnym stanowisku stanął również Wykonawca PRDiM.

Odnosząc się do udzielonych wyjaśnień, wskazał, że w swoich wyjaśnieniach podał, iż posiada możliwość uzyskania i wynegocjowania korzystnych umów z dostawcami materiałów, co pozwala na zachowanie stałych upustów przez cały okres realizacji zadania. Ponadto, Odwołujący wskazał również, że uzyskanie rabaty na materiały stanowiące podstawowy koszt niniejszego zamówienia pozwalają na skalkulowanie ceny podanej w ofercie. Celem udowodnienia powyższego Odwołujący przedłożył do wyjaśnień informacje od dostawców, potwierdzające uzyskiwane upusty cenowe. Ponadto Odwołujący wskazał na oszczędności wynikające z posiadanego sprzętu technicznego oraz możliwość realizowania zamówienia w własnych środkach finansowych. W zakresie kosztów pracowniczych, Odwołujący wskazał, iż stawka roboczogodziny kształtuje się u niego minimalnie na poziomie 13 zł netto, zatem wartość kosztów pracy przyjęta u Odwołującego nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ani od minimalnej stawki godzinowej, ustalanych na podstawie odrębnych przepisów.

Ponadto, w zakresie art. 90 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp robót w zakresie wykonania konstrukcji drogowej podwykonawcy, tj. B. B. T. z/s w T. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący oraz Podwykonawca często biorą wspólny udział w przetargach na roboty budowlane jako konsorcjum, to Odwołujący ma pewność co do jakości wykonywanych przez podwykonawcę

usług. Na str. 6 wyjaśnień Odwołujący wprost wskazał, iż doświadczenie Odwołującego oraz Podwykonawcy potwierdza wykaz wykonanych robót oraz dokumenty wskazujące na prawidłową ich realizację. Wykaz wykonanych robót Odwołujący wskazał na str. 6 wyjaśnień. W zakresie dostępności, liczebności, kwalifikacji kadry w branży drogowej Odwołujący wskazał na stronie 2 wyjaśnień, iż w zakresie personelu dostępnego do realizacji inwestycji posiada do dyspozycji ok 35-40 osób, w tym: operatorów sprzętu, kierowców, pracowników administracyjnych, pracowników fizycznych/brukarzy. Ponadto, Wykonawca zadeklarował w ofercie, że na czas trwania robót zatrudni 3 osoby bezrobotne i z uwagi na charakter robót będą to osoby z umiejętnościami w branży drogowej. Ponadto, Odwołujący wskazał również, że kierownik robót drogowych będzie zatrudniony na umowę zlecenie na czas trwania robót. Odwołujący spełnił wszelkie wymagania w zakresie zdolności zawodowej, określone w SIWZ.

W zakresie rodzaju, wielkości parku maszynowego, którym dysponuje wykonawca na potrzeby wykonania zamówienia w części drogowej, Odwołujący wskazał na str. 3 wyjaśnień, iż skalkulowanie tak korzystnej cenowo oferty, a nieodbiegającej jakościowo od ofert innych Wykonawców, ponadto zakładającej zysk na poziomie min. 5%, było możliwe z uwagi na posiadanie we własnym zakresie niezbędnego potencjału technicznego. Odwołujący nie ponosi zatem żadnych dodatkowych kosztów najmu, dzierżawy czy użyczenia. Koszty związane z pracą sprzętu mogą być niższe nawet o 15% od kosztów średnio ponoszonych przez przedsiębiorstwa zajmujące się podobnym zakresem robót oraz od ofert konkurentów. Celem udowodnienia powyższego, Odwołujący na str. 3-5 wyjaśnień wskazał wykaz posiadanego sprzętu, który będzie wykorzystywany przy realizacji niniejszego zamówienia, wskazując jednocześnie iż wskazane zasoby techniczne przewyższają ilość sprzętu niezbędną do wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego, zarówno w zakresie robót sieciowych, jak i prac ziemnych oraz robót drogowych.

Jako istotną wskazał lokalizację bazy sprzętowej posiadanej przez Odwołującego i jej niewielką odległość od miejsca wykonywania zamówienia. Brak konieczności dojazdu sprzętu lub ponoszenia opłat jego składowania i przechowywania oraz organizacji zaplecza budowy i wynajmu terenu, czy kosztów dozoru sprzętu, jak również dodatkowych kosztów pracowniczych związanych z koniecznością dojazdu na teren budowy, mogą obniżyć koszt realizacji zamówienia nawet o 10%.

Podobnie kształtuje się również sytuacja dotycząca organizacji bazy i zaplecza budowy (koszt na poziomie 7%). Odwołujący nie musi ponosić kosztów związanych z opłatami za wynajem terenu dla sprzętu, wynajem kontenerów, ogrodzenie, doprowadzenie energii oraz

dodatkowego kosztu pracowniczego związanego z dozorem mienia.

Celem przedłożenia Zamawiającemu szczegółowego wyliczenia wszystkich kosztów oraz cen, na których Odwołujący oparł swoją ofertę, Odwołujący przedłożył kosztorysy ofertowe w formie kalkulacji szczegółowej, w których podał składniki cenotwórcze: koszt roboczogodziny: 13 zł netto, koszty pośrednie: 50%, zysk: 5%.

W odniesieniu do decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty wskazał, że Zamawiający nie wymagał w wezwaniu od Odwołującego wykazania konkretnych cen oraz wartości upustów i rabatów. Odwołujący miał jedynie wskazać skąd wynika kalkulacja jego kosztów oraz jakie są wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Odwołującego. Nieprawda jest, wskazał Odwołujący, że nie posiada on wykwalifikowanej kadry inżynierskiej oraz wykwalifikowanych brygad roboczych oraz że nie wykazał przedmiotowego faktu w niniejszym postępowaniu.

W wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający żądał wykazania przez Odwołującego rodzaju i wielkości parku maszynowego, którym dysponuje Wykonawca na potrzeby wykonania zamówienia w części drogowej. Odwołujący zauważył, iż przez zakres „dysponowania” nie należy rozumieć jedynie prawa własności do danego sprzętu. Odwołujący wskazał w swoich wyjaśnieniach sprzęt, którego jest właścicielem. Ponadto, Zamawiający nie wzywał do wskazania formy prawnej posiadanego sprzętu, a jedynie wskazanie rodzaju i wielkości parku maszynowego. Nie zgodził się przy tym z twierdzeniem Zamawiającego, iż wskazany sprzęt jest przeznaczony wyłącznie do wykonywania robót w branży wodociągowo-kanalizacyjnej. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, część sprzętu ujęta w wyjaśnieniach jest niezbędna do prowadzenia prac typowo drogowych, jak chociażby koparki, ładowarki, samochody ciężarowe, walce, zagęszczarki, frezarka, rozkładarka nawierzchni bitumicznej.

Odnosnie doświadczenia zawodowego w branży drogowej, odwołujący podniósł, że na str. 6 odwołania wskazał nazwy kontraktu, inwestora, kosztu inwestycji oraz daty realizacji inwestycji, uznając iż jest to szczegółowe wskazanie doświadczenia.

Zamawiający nie wymagał w wezwaniu wskazania technologii wykonania, długości dróg oraz rodzaju nawierzchni, zatem Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji za niewskazanie tych elementów. Jeżeli Zamawiający, pomimo wskazania szczegółowych nazw kontraktów i ich wartości, nadal miał wątpliwości co do doświadczenia Odwołującego w branży drogowej, mógł wezwać Odwołującego do dalszych wyjaśnień, celem doprecyzowania informacji podanych przez Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że wartość przedmiotu zamówienia oszacowana przez Zamawiającego została istotnie zawyżona, bowiem wszystkie cztery oferty złożone w

postępowaniu znacząco od niej odbiegają. Podkreślił, że cena oferty Odwołującego jest niższa jedynie o 6,53 % (161.048,03 zł) od ceny zaoferowanej przez P. R. D. M. sp. z o.o. Z kolei oferta Odwołującego jest niższa od oferty P. B. D. i M. o 437.186,38 zł, a zatem o 15,94 %.

Mając zaś na uwadze najdroższą zaoferowaną cenę za realizację przedmiotu zamówienia, tj. ofertę P. R. D. S.A., Odwołujący zauważył, iż oferta Odwołującego o 589.218,49 zł (20,36 %). W ocenie Odwołującego kształtujące się różnice cenowe pomiędzy najkorzystniejszą z zaproponowanych ofert (ofertą Odwołującego), a ofertą najdroższą nie są rażące.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę drogi gminnej nr (...) w miejscowości S. wraz z infrastrukturą techniczną składa się z dwóch zadań, jednak Zamawiający nie dopuścił do składania ofert częściowych. Zadanie nr 1 obejmuje rozbudowę drogi gminnej nr (...) w miejscowości S., zadanie nr 2 obejmuje budowę i przebudowę sieci wodociągowej w miejscowości S. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 2 979 838,92 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczy: na zadanie nr 1 kwotę 3 232 691,66 zł brutto, na zadanie nr 2 kwotę 183 850 brutto.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły do Zamawiającego 4 oferty z następującymi cenami:

1. P. B. D. i M. sp. z o.o. z ceną 2 742 206,38 zł, w tym zadanie 1- 2 548 094,52zł, zadanie 2- 194 111,86 zł
2. P. R. D.- M. sp. z o.o. z ceną 2 466 068,03 zł, w tym zadanie 1- 2 278 480,66 zł, zadanie 2- 187 587,37 zł
3. P. R. D. P. S.A. z ceną 2 894 238,49 zł, w tym zadanie 1- 2 653 151,11 zł, zadanie 2- 241 087,38 zł
4. B. s.c. T. H., T. P. z ceną 2 305 020 zł, w tym zadanie 1- 2 000 208,14, zadanie 2 -304 811,86 zł.

Pismem z dnia 27.01.2017 r. Zamawiający, wskazując, że cena oferty wykonawcy B. s.c. T. H., T. P. jest niższa o 38,13% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, wezwał do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących

wyliczenia ceny oferty dla zadania nr 1. Zamawiający wskazał, że wykonawca w składanych wyjaśnieniach winien odnieść się do następujących aspektów: dostępność, liczebność, kwalifikacje kadry w branży drogowej, rodzaj i wielkość parku maszynowego, którym dysponuje wykonawca na potrzeby wykonania zamówienia w części drogowej, dostęp do wytwórni mieszanek mineralno-bitumicznych, przyjęte do obliczenia ceny oferty czynniki cenotwórcze typu np. koszty ogólne budowy, koszty zarządu, koszty robocizny, sprzętu i materiałów oraz koszt robocizny, koszty zakupu a także zysk wykonawcy, doświadczenie zawodowe w branży drogowej.

Zamawiający wezwał także wykonawcę do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej np. w formie kosztorysu ofertowego.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący złożył w dniu 1.02.2017 r. wyjaśnienia wraz z informacjami od dostawców oraz szczegółowym kosztorysem ofertowym.

W dniu 28.02.2017r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. R. D.-M. sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający uznał złożone przez Odwołującego wyjaśnienia za nieprzekonujące, a cenę oferty za rażąco niską.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 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;
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

Nie ulega wątpliwości, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień. Teza ta wynika wprost z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawodawca w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przewidział jednakową sankcję w postaci odrzucenia oferty w stosunku do wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień jak i wykonawcy, który takich wyjaśnień udzielił, ale ich ocena wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Celem procedury wyjaśnienia, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. W wyroku z dnia 21 maja 2008 roku sygn. akt X Ga 127/08 Sąd Okręgowy w Poznaniu stwierdził, że: „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 ustawy Pzp”. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przedłożył pisemne wyjaśnienia z dnia 1.02.2017r. wraz z informacjami od pięciu dostawców o możliwych rabatach oraz przedłożył szczegółowy kosztorys ofertowy.

Wyjaśnienia takie złożył także na wezwanie Zamawiającego wykonawca Przystępujący. Izba, oceniając całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uznała, iż Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania, że zaproponowana cena jest ceną realną, nie obalił tego domniemania.

Udzielone wyjaśnienia oraz informacje od dostawców, z których treści wynika możliwość uzyskania rabatów „rzędu 60% cen cennikowych”, mają charakter ogólny i nie dają one wiedzy na temat konkretnych, przyjętych w ofercie cen sprzętu i materiałów. Jedynym dokumentem, z którego wynikają rzeczywiste koszty składające się na cenę oferty jest załączony przez wykonawcę szczegółowy kosztorys ofertowy.

Niespornym jest, że cena ofertowa ma charakter ryczałtowy, jednak nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w takiej sytuacji kosztorys przedłożony w wyniku udzielonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma jedynie charakter pomocniczy. Kosztorys ofertowy, który został złożony na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny rzetelności dokonanej kalkulacji i przyjętych w ofercie cen jednostkowych. Skoro Zamawiający żądał złożenia tego dokumentu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to uznał, że jest to dokument, który ma rozwiać jego wątpliwości co do realności zaproponowanej ceny. Tymczasem analiza kosztorysu ofertowego wskazuje, że w wielu pozycjach koszty materiałów i sprzętu zostały w sposób znaczący zaniżone i odbiegają one nie tylko do stawek przyjętych przez innych wykonawców, ale przede wszystkim od cen rynkowych. Dla przykładu w oparciu o zestawienie złożone do akt sprawy przez Przystępującego P. R. D.-M. sp. z o.o. należy podać rażąco niskie stawki, które zostały ujęte w tym kosztorysie:

1. materiały: prefabrykaty betonowe 60x50x20cm – cena 2,50 zł/szt., zaś cena wg S. 15,07 zł/szt.; piasek - cena 1 zł/m³, zaś cena rynkowa to 15zł/m³; rury żelbetowe fi80cm - cena - 50zł/m, zaś cena wg S. 339,75zł/m; słupki z rur stalowych fi70mm – cena 1 zł, zaś cena rynkowa to 90zł; mur oporowy - 30,22/m², zaś cena rynkowa to 202 zł/m².
2. sprzęt - frezarka2m - cena - 10zł/h, zaś cena rynkowa 600zł/h; równiarka 74kW-30zł/m-g, zaś cena rynkowa 90zł/m-g; koparki - 30zł/m-g, zaś cena rynkowa to 92zł/m-g; skraparka do bitumu - cena 0,05zł/m-g, zaś cena rynkowa to 100 zł/m-g.

Podkreślić należy, że Odwołujący nie zakwestionował podanych przez Przystępującego w złożonym zestawieniu stawek rynkowych oraz minimalnych cen wynikających z S. I kwartał 2017r. Odwołujący zarówno w złożonych wyjaśnieniach jak i w toku rozprawy przed Izbą nie wykazał, że podane przez niego niskie stawki materiałów i pracy sprzętu są dla niego możliwe do uzyskania w trakcie realizacji prac. W toku rozprawy Odwołujący przyznał, że

wyżej wskazane stawki są być może zaniżone, ale z uwagi na ryczałtowy charakter zamówienia istotna była dla Odwołującego globalna cena oferty, stąd w wielu miejscach kosztorysu podał stawki tzw. „symboliczne”. Izba nie podziela takiego stanowiska. Kosztorys ofertowy jako element udzielonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny winien być sporządzony w sposób rzetelny tak, aby rozwiać wszelkie wątpliwości Zamawiającego co do realności zaoferowanej ceny. Wykonawca winien zatem dochować należytej staranności w przygotowaniu kosztorysu, który zawierał informację o zaproponowanych cenach. W szczególności w kosztorysie należało podać realne stawki za poszczególne materiały i sprzęt.

W efekcie zaniżenia wyżej wskazanych stawek, które mają istotny wpływ na całkowitą cenę oferty zostały w sposób znaczący tj. od 78 - 50 % zaniżone koszty:

1. robót rozbiórkowych i przygotowawczych: cena w ofercie Odwołującego - 85 347,77 zł, cena kosztorysowa - 406 258,35 zł, zaś cena oferty Przystępującego - 170 419,35 zł.
2. konstrukcji jezdni: cena w ofercie Odwołującego - 154 485,54 zł, cena kosztorysowa - 299 951,71 zł, zaś cena oferty Przystępującego - 268 688,70 zł.
3. robót towarzyszących, w tym mur oporowy: cena w ofercie Odwołującego - 50 004,20 zł, cena kosztorysowa - 195 359,21 zł, zaś cena oferty Przystępującego - 190 849,27 zł.

Zauważyć należy, że na tym etapie postępowania tj. po złożeniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ocena realności zaproponowanych przez wykonawców cen opierać się może wyłącznie na udzielonych przez tych wykonawców wyjaśnieniach. Drugorzędne znaczenie odgrywa różnica w cenach oferty Odwołującego i Przystępującego, która w tym przypadku wynosi ok. 161 tys. zł tj. ok. 5 % i przy wartości zamówienia wynoszącej ponad 2, 5 mln zł nie jest różnicą znaczącą. Zamawiający, stosując procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ocenia czy złożone przez wykonawców wyjaśnienia potwierdzają, że możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę a ocena ta odbywa się indywidualnie w odniesieniu do konkretnych wyjaśnień złożonych przez danego wykonawcę. W przypadku, w którym dostarczone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami są na tyle ogólne, lakoniczne i nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, to konieczne jest przyjęcie, że wykonawca w wyznaczonym dla niego terminie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

W tej sytuacji cena oferty pozostaje rażąco niska, co uzasadnia jej odrzucenie. Z uwagi na powyższe, Zamawiający w ocenie Izby słusznie uznał, że w świetle złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie jest możliwe uznanie, że wykazał on, że cena oferty nie jest rażąco niska, tj. nie obalił on domniemania rażąco niskiej ceny. Zasadnicze znaczenie dla

takiego ustalenia miały następujące okoliczności: ogólny charakter wyjaśnień; brak załączenia jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby istnienie okoliczności, które zdaniem Odwołującego miały wpływ na obniżenie ceny, jak też brak wskazania w jakim zakresie okoliczności te wpłynęły na obniżenie ceny oferty, a także wadliwość przedstawionej kalkulacji kosztów, podanie nierealnych cen w wielu pozycjach kosztorysu ofertowego dotyczących materiałów i sprzętu.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu była argumentacja Zamawiającego dotycząca niespełnienia przez Odwołującego wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału. Okoliczność ta nie była podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, zatem nie może być również przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: