

WYROK

z dnia 19 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2018 r. przez wykonawcę - **Garden Designers D. i Wspólnicy s.j. z siedzibą w Lublinie, ul. Grenadierów 13/1; 20-331 Lublin**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1; 15-950 Białystok**,

przy udziale wykonawcy **H. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Kliwer-Bis”, ul. Madrycka 12; 15-523 Grabówka**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **A. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Skwer A. Z., ul. Knyszyńska 1; 16-140 Korycin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Garden Designers D. i Wspólnicy s.j. z siedzibą w Lublinie, ul. Grenadierów 13/1; 20-331 Lublin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Garden Designers D. i Wspólnicy s.j. z siedzibą w Lublinie, ul. Grenadierów 13/1; 20-331 Lublin**, 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 2017 r., poz. 1579 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Białystok, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Zimowego oczyszczania miasta Białystok*”.

Dnia 24 maja 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 4 czerwca 2018 roku wykonawca Garden Designers D. i Wspólnicy s.j. z siedzibą w Lublinie (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie części X, XI i XII zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu jej rzekomej niezgodności z przepisami art. 36a ust. 1 oraz art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, mimo iż z treści oferty jak i składanych wyjaśnień wynika, że odwołujący jest podmiotem, który będzie realizował zamówienie, a zakres podwykonawstwa sprowadza się do zaangażowania (za pośrednictwem lokalnego przedsiębiorcy) pracowników wykonujących prace w miejscu wykonywania zamówienia;
- 2) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu błędnego uznania, że zawiera ona rażąco niską cenę, mimo iż z treści oferty, jak również złożonych wyjaśnień wynika, iż zapewnia ona należyte wykonanie zamówienia, jak również godziwy zysk dla odwołującego, jak również z powodu braku podania szczegółowego uzasadnienia faktycznego odnośnie powodów, dla których uznał cenę oferty odwołującego za rażąco niską;
- 3) przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniami, o którym mowa w art. 1 i 2 - poprzez prowadzenia postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
- 3) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył ważną, niepodlegającą odrzuceniu, ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jednakże niezgodna z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego, tj. odrzucenie oferty odwołującego uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia. Powyższe przekłada się na możliwość poniesienia przez odwołującego szkody wyrażającej się w utracie możliwości realizacji zamówienia objętego postępowaniem.

Zamawiający, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący - po stronie zamawiającego wykonawcy, w swoich przystąpieniach, wnieśli o oddalenie odwołania.

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 przekracza kwoty określone 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, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający przekazał odwołującemu informację o odrzuceniu oferty odwołującego, wskazując jako podstawę art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 36a ust. 1 oraz art. 2 pkt 9b ustawy, w zbiegu z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, uzasadniając, iż w ocenie zamawiającego „Zachowanie Wykonawcy wskazuje na pozorność oferty poprzez fakt złożenia jej przez inny podmiot, niż ten, który w praktyce będzie realizować zadanie, co w praktyce jest niedopuszczalne”. W konsekwencji powyższego domniemania zamawiający

wskazał, że *„Tym samym wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie podanych przez niego kwot przyjętych dla wyliczenia ceny oferty jest w chwili obecnej iluzoryczne i nie mogą potwierdzać wykonania zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie.”*

W ocenie odwołującego czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego jest niezgodna z ww. przepisami ustawy Pzp i nie uzasadniania jej treści oferty złożonej przez odwołującego. Zawarte przez zamawiającego argumenty uzasadniające odrzucenie oferty bazują głównie na poglądach wyrażonych w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, które zapadły w całkowicie odrębnych stanach faktycznych i jako takie nie mają przełożenia na okoliczności niniejszej sprawy, co więcej wynikają z błędnego zrozumienia oświadczenia woli odwołującego zawartego w treści oferty. W ocenie zamawiającego, odwołujący, który wykazał samodzielne dysponowanie całym potencjałem wymaganym w przedmiotowym postępowaniu, doświadczenie i kalkulację własnych kosztów, nie zamierza wykonywać przedmiotowego zamówienia, a jedynie działać jako swoiście postrzegany pośrednik. Ocena taka jest błędna i nie wynika z treści oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 1 projektu umowy: *„Zamawiający zamawia, a Wykonawca przyjmuje do realizacji prace polegające na zimowym oczyszczaniu chodników, dróg dla rowerów, przystanków komunikacji miejskiej, zieleńców i opróżnianie śmietniczek w pasach drogowych na terenie miasta Białegostoku.”* Powyższe czynności składają się na zakres przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie w treści pkt II ust. 5 formularza ofertowego odwołujący oświadczył: *„Niżej wymienione prace zamierzamy powierzyć podwykonawcom: oczyszczanie chodników; dróg dla rowerów, przystanków komunikacji miejskiej, zieleńców i opróżnianie śmietniczek w pasach drogowych.”*

W związku z powyższym, zamawiający pismem z dnia 16 maja 2018 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie kalkulacji ceny ofertowej oraz wyjaśnienia treści oferty w zakresie złożonego oświadczenia dotyczącego zakresu zlecenia pod wykonawstwa, tj.: *„których dokładnie części zamówienia oraz w jakim zakresie rzeczowym oświadczenie dotyczy, wraz ze wskazaniem firm podwykonawców.”*

W odpowiedzi na powyższe, odwołujący pismem z dnia 21 maja 2018 r. wskazał co następuje:

„Oświadczamy, że zamierzamy powierzyć całość zadania podwykonawcom jednak na chwilę obecną nie są oni nam znani gdyż w przypadku wygrania przez Wykonawcę przetargu rozpocznie on procedurę konkursu ofert w celu wyłonienia podwykonawcy. Cena ofertowa została skalkulowana na podstawie osobistych doświadczeń Wykonawcy i przy założeniu jego własnych kosztów tak jak by on miał realizować zamówienie siłami własnymi.

Jednocześnie oświadczamy, że cena roboczogodziny została przyjęta jako minimalna krajowa dla pracowników fizycznych i odpowiednio większa dla pracowników funkcyjnych (kierowców i operatorów). Robocizna została przyjęta dla pracowników zatrudnionych na miejscu prowadzenia robót.”.

Jednocześnie w przedmiotowych wyjaśnieniach odwołujący przedstawił kalkulacje dotyczące elementów kosztotwórczych związanych z kalkulacją ceny oferty dla przedmiotowego zamówienia, odrębnie dla części X, XI i XII. We wskazanych kalkulacjach odwołujący jednoznacznie wskazał, że uwzględnił koszty związane z pracą w innym mieście (koszt wynajmu bazy, zaplecza technicznego dojazdów).

Zdaniem odwołującego, złożone oświadczenie wskazuje, przeciwnie do oceny zamawiającego, że odwołujący zamierza wykonywać przedmiotowe zamówienie, tj. stworzyć bazę wyposażoną w odpowiednie zaplecze techniczne, aby móc wykonywać zamówienie poza miejscem swojej stałej działalności, tj. Lublinem. W związku jednak ze znaczną odległością pomiędzy siedzibą odwołującego, a miejscem wykonywania zamówienia - odwołujący zamierza nawiązać współpracę z miejscowym przedsiębiorcą, bądź przedsiębiorcami w celu zaangażowania do wykonywania zamówienia miejscowych pracowników zatrudnianych przez owe podmioty. W związku z tym w tym zakresie oświadczenie odwołującego o powierzeniu podwykonawstwa w całości jest prawdziwe i zgodne z ustawą Pzp, bowiem odwołujący zapewni bazę, nadzór swoich pracowników funkcyjnych oraz sprzęt (które to koszty uwzględnił w cenie oferty i jasno wskazał w treści złożonych wyjaśnień) do wykonywania zamówienia przez osoby zatrudnione przez podwykonawców. W tym jednak zakresie owo podwykonawstwo sprowadza się do wynajęcia pracowników, którzy będą wykonywać czynności związane z oczyszczaniem chodników, dróg dla rowerów, przystanków komunikacji miejskiej, zieleńców i opróżnianiem śmietniczek w pasach drogowych pod kierownictwem inspektorów odwołującego.

Biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący jasno wskazał na zamiar stworzenia odpowiedniego zaplecza technicznego do wykonywania zamówienia w Białymstoku, jak również uwzględniając odległość pomiędzy miejscem wykonywania zamówienia a siedzibą odwołującego, złożone przez niego oświadczenia są spójne i nie wskazują na zamiar jedynie pośredniczenia w uzyskaniu zamówienia. Jednocześnie nie sposób wymagać, aby wyłącznie na potrzeby wykonywania zamówienia odwołujący samodzielnie zatrudnił szereg osób, w sytuacji gdy istnieją inne, zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami, możliwości zaangażowania personelu, w tym również na zasadach „outsourcingu”. Jednocześnie odwołujący podkreślił, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu nie przewidywały konieczności wykazania dysponowania własnym personelem w miejscu wykonywania zamówienia.

Wobec powyższego, w okolicznościach niniejszej sprawy nie mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca, któremu udzielane jest zamówienie, nie ma zamiaru go wykonywać. Wręcz przeciwnie, odwołujący ma zamiar wykonywać przedmiotowe zamówienie angażując miejscowy personel, który będzie bezpośrednio wykonywał określone rodzaje prac. W tym aspekcie „najem pracowników” również postrzegany jest w kategoriach podwykonawstwa, wobec czego odwołujący nie mógł złożyć innego oświadczenia w zakresie powierzenia wykonywania zamówienia podwykonawcom. Jako, że zamawiający nie określił warunku w zakresie dysponowania personelem, wykonawca nie był na etapie składania oferty zobowiązany do przedstawiania oświadczenia o udostępnieniu tych zasobów i wbrew twierdzeniom zamawiającego - nie składał oświadczenia i posiadaniu własnego personelu, który skieruje do wykonywania zamówienia. W tym aspekcie twierdzenie zamawiającego, że rzekome oświadczenie o wykonywaniu zamówienia przez własnych pracowników odwołującego jest nieprawdziwe - nie ma potwierdzenia w jakichkolwiek wymaganiach, ani oświadczeniach odwołującego i jako takie nie może być podstawą do przyjęcia, że oferta odwołującego jest w jakimkolwiek aspekcie niezgodna z przepisami ustawy, a w konsekwencji nie mogła podlegać odrzuceniu.

Odnosząc się natomiast do kwestii podstaw odrzucenia wynikających z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że złożone przez niego wyjaśnienia są jasne, spójne, kompletne i odpowiadają treści wezwania zamawiającego z dnia 16 maja 2018 r. W przedmiotowym wezwaniu zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienia w następującym zakresie: *„Jednocześnie w części X, XI i XII zamówienia, w związku z tym, iż ceny ofert (po poprawieniu omyłek: część X: 1 388 798,10 zł brutto, część XI: 1 155 544,74 zł brutto, część XII: 1 241 550,30 zł brutto) jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (tj. od kwoty część X: 1504111,72 zł, część XI: 1228 888,40 zł, część XII: 1 338 792,80 zł) oraz w związku z planowanym zgodnie z formularzem ofertowym powierzeniem zamówienia podwykonawcy, działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ofertowej, dla każdej z części, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust 1 ustawy oraz poprzez odniesienie do głównych składników cenotwórczych występujących przy realizacji zamówienia (tj. w tym: ludzie, sprzęt, materiały, paliwo).”*

W odpowiedzi na powyższe odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 21 maja 2018 r. przedstawiając szczegółową kalkulację ceny dla wszystkich wskazanych części.

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego zamawiający nie kwestionuje sposobu, ani wysokości poszczególnych przyjętych składników cenotwórczych, a jedynie rozpatruje tak złożone wyjaśnienia przez pryzmat błędnego przyjęcia, że wykonawca nie zamierza wykonywać zamówienia. Podczas gdy w rzeczywistości podwykonawstwo

srowadza się do najmu personelu, czemu odwołujący dał wyraz w treści złożonych wyjaśnień, jednocześnie wskazując w ramach rzeczonych wyjaśnień, że koszty zostały skalkulowane dla zaangażowania osób w miejscu wykonywania zamówienia.

Podsumowując, odwołujący wskazał, iż czynność zamawiającego jest niezgodna z przywołanymi na wstępie przepisami ustawy Pzp. Argumenty zamawiającego uzasadniające odrzucenie oferty są uogólnione i wyabstrahowane od złożonych przez odwołującego oświadczeń i wyjaśnień i nie uwzględniają konieczności ich kompleksowej analizy. Uzasadnienie odrzucenia opiera się na domniemaniu zamawiającego o braku zamiaru wykonywania zamówienia przez odwołującego i referuje do oczekiwań zamawiającego, którym nie dał wyrazu w treści s.i.w.z., jak choćby warunku w zakresie samodzielnego dysponowania określonym personelem, czy też braku zastrzeżenia w zakresie zlecenia podwykonawstwa, w tym również najmu personelu. Jednocześnie wyłącznie to błędne założenie zamawiającego stało się podstawą do przyjęcia przez niego nieprawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, bowiem nie kwestionuje on w sposób szczegółowy rzetelności jej kalkulacji.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne, jednakże pozostające bez wpływu na wynik postępowania.

Zdaniem Izby, zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zastrzegł obowiązku osobistego świadczenia usługi przez wykonawcę składającego ofertę, w zakresie kluczowych części zamówienia. Zastrzeżenia takie możliwe jest w trybie przepisu art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, w którym ustawodawca wskazał, iż zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

- 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Skoro zatem zamawiający, po pierwsze nie wskazał kluczowych części zamówienia, a po drugie nie zastrzegł obowiązku ich osobistego wykonania przez wykonawcę, to nie sposób uznać, iż odwołujący nie był uprawniony do posłużenia się podwykonawstwem w zakresie całego przedmiotu zamówienia.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 21 września 2017 roku, sygn. akt KIO 1837/18 *„Na podstawie art. 36a ust. 1 i 2 Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, jak również może również zastrzec w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, a także prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Za wyrokiem KIO sygn. akt KIO 923/14 powtórzyć należy, że "w zamówieniach publicznych ograniczenie możliwości podwykonawstwa traktowane jest jako wyjątek od zasady. Ograniczenie podwykonawstwa*

może nastąpić jedynie w uzasadnionych okolicznościach, wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Ograniczenie możliwości podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie publiczne, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań. Zasadą jest możliwość podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na zamawiającym”.

Przedmiotowe zagadnienie było również przedmiotem rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie, który w wyroku z dnia 11 września 2015 roku, sygn. akt IV Ca 1050/15 wskazał, iż „Co zaś tyczy się pozostałych zarzutów, to stwierdzić należało, iż zasadny pozostawał zarzut naruszenia przez KIO art. 36a ust. 1 i ust. 2 oraz art. 36b) ust. 1 i ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 2 pkt 9b) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. poprzez uznanie, że oferta Skarżącego ... Sp. z o.o. podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z Ustawą w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy (zarzut II. 3 skargi).

Istotnie jak trafnie podnosił skarżący ustawa nie zawiera zakazu powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy, o ile zamawiający nie zastrzeże obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia (art. 36a ust. 2 p.z.p.). Z poczynionych w sprawie ustaleń Zamawiający takiego zastrzeżenia w treści SIWZ niewątpliwie nie zawarł i w świetle art. 36a ust. 2 p.z.p. nie mógł zawrzeć, z uwagi na przedmiot zamówienia (zamówienie dotyczyło dostawy, nieobejmującej prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją). Wyrazem braku zakazu przekazania wykonania części świadczenia podwykonawcy jest to, że zamawiający w pełni dopuścił udział podwykonawców w realizacji zamówienia (rozdział III SIWZ pkt 10). Co więcej możliwość powierzenia podwykonania umowy osobom trzecim jest na gruncie przepisów p.z.p. zasadą. Ustawa wprost ustanawia dowolną zmianę lub rezygnację przez wykonawcę ze wskazanych personalnie podwykonawców. Niewypełnienie zatem żądania zamawiającego dotyczącego określenia zakresu podwykonawstwa pozbawione jest w zasadzie negatywnych konsekwencji prawnych wyrażonych w ustawie. Ustawodawca nie określił bowiem konsekwencji, jakie grożą wykonawcy za nieprawidłowe podanie lub też za brak wskazania udziału podwykonawców. Toteż niewskazanie, w jakiej części umowa będzie powierzona podwykonawcy nie uzasadniała zasadniczo stwierdzenia naruszenia ustawy, o którym mowa w wyroku KIO.”.

Biorąc powyższe pod uwagę, przyjmując ustalony w sprawie stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał podstaw prawnych i faktycznych do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z powodu jej rzekomej niezgodności z przepisami art. 36a ust. 1 oraz art. 2 pkt 9b ustawy Pzp. Przepisy ustawy -

Prawo zamówień publicznych w obecnym brzmieniu nie wykluczają bowiem, w sposób jednoznaczny, możliwości powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcom, a jak to wynika z dotychczasowego dorobku orzeczniczego Sądów Okręgowych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie rozbieżności czy też niejasności, powstające na tle obowiązujących przepisów ustawy Pzp czy też specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać na korzyść wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza za bezzasadny uznała zarzut dotyczący czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Przepis powyższy stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zastosowanie wskazanego przepisu pozostaje w ścisłej korelacji z procedurą związaną z wyjaśnianiem ceny oferty, opisaną w przepisach art. 90 ust. 1, 1a, 2 i 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający mając wątpliwości, co do ceny ofertowej odwołującego w częściach X, XI i XII zamówienia wezwał odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień, „(...) w związku z tym, iż ceny ofert (po poprawieniu omyłek(...)) jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (...) oraz w związku z planowanym zgodnie z formularzem ofertowym powierzeniem zamówienia podwykonawcy, działając na podstawie 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ofertowej, dla każdej z części, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy oraz poprzez odniesienie do głównych składników cenotwórczych występujących przy realizacji zamówienia (tj. w tym: ludzie, sprzęt, materiały, paliwo). Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. W przypadku nieudzielenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy”.

Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, iż „Oświadczamy, że zamierzamy powierzyć całość zadania podwykonawcom jednak na chwilę obecną nie są oni nam znani gdyż w przypadku wygrania przez Wykonawcę przetargu rozpocznie on procedurę konkursu Ofert w celu wyłonienia podwykonawcy. Cena ofertowa została skalkulowana na podstawie osobistych doświadczeń Wykonawcy i przy założeniu jego własnych kosztów, tak jak by on miał realizować zamówienie siłami własnymi. Jednocześnie oświadczamy, że cena roboczogodziny została przyjęta jako minimalna krajowa dla pracowników fizycznych oraz odpowiednio większa dla pracowników funkcyjnych (kierowców i operatorów). Robocizna została przyjęta dla pracowników zatrudnionych na miejscu prowadzenia robót. Firma

posiada bogate doświadczenie i zamortyzowany sprzęt, a cena ofertowa została skalkulowana z wysoką marżą o czym świadczą wyliczenia poniżej.”.

Poniżej wyżej cytowanego oświadczenia, odwołujący podał *ogólną kalkulację ceny*, która zawierała następujące elementy:

- 1) Koszty pracownicze z uwzględnieniem co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę (...) zł,
- 2) Koszty paliwa (...) zł,
- 3) Koszt materiałów uszorstniających (...) zł,
- 4) Koszt związane z pracą w innym mieście (koszt wynajmu bazy, zaplecza technicznego dojazdów) (...) zł,
- 5) Pozostałe koszty pośrednie (BHP, Biuro rachunkowe, podatki itp.) oraz amortyzacja (...) zł,
- 6) Zysk (...) zł.

Oceniając wyjaśnienia złożone przez odwołującego, w ocenie Izby zamawiający nie miał podstaw do uznania, że odwołujący wykazał, iż cena (dla każdej części zamówienia) przedstawiona w ofercie, nie jest ceną rażąco niską (CRN). Ocena złożonych wyjaśnień nie pozostawia wątpliwości, że są one blankietowe, lakoniczne oraz wewnętrznie sprzeczne. Ponieść bowiem należy, iż odwołujący w wyjaśnieniach w jednym miejscu powołuje się na okoliczność, iż całość zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, w kalkulacji natomiast wskazuje na koszty związane z pracą w innym mieście, koszty wynajmu bazy, zaplecza technicznego pojazdów. Nadto w wyjaśnieniach wskazuje, że posiada zamortyzowany sprzęt, a w kalkulacji podaje, że do wyceny przyjął amortyzację sprzętu. Jednakże determinującą okolicznością wskazującą na brak wykazania przez odwołującego, że cena ofert nie jest ceną rażąco niską, jest lakoniczność wyjaśnień i brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów potwierdzających prawidłowość dokonanych wyliczeń. Fakt, iż odwołujący posiada bogate doświadczenie na obszarze, gdzie posiada swoją siedzibę, nie oznacza jednocześnie, że jest dostatecznie zorientowany w kosztach prowadzenia działalności i wykonywania usług na rynku, na którym zamierza świadczyć przedmiotowe zamówienie. Brak wykazania oraz niewiarygodność złożonych wyjaśnień wynika również z faktu, że odwołujący składając swoją ofertę oraz do dnia składania wyjaśnień zamawiającemu nie nawiązał żadnej współpracy z wykonawcami działającymi w Białymstoku. Powyższy wniosek wynika bowiem z samego oświadczenia odwołującego złożonego w wyjaśnieniach, gdzie odwołujący podał „(...) w przypadku wygrania przez Wykonawcę przetargu rozpocznie on procedurę konkursu Ofert w celu wyłonienia podwykonawcy”. Takie oświadczenie odwołującego ocenić zatem należało, jako nie przystające do ustawowych wymogów związanych z wykazaniem prawidłowości ceny ofertowej. Izba bowiem nie wie, zamawiający również pozostawał w takiej niewiedzy, czy

zakładany przez odwołującego „konkurs ofert” umożliwi odwołującemu realizację zamówienia za cenę podaną w ofercie. Odwołujący nie udowodnił, że taka okoliczność będzie miała miejsce.

Zarówno Krajowa Izba Odwoławcza jak i Sądy Okręgowe, w swoich orzeczeniach jednomyślnie stwierdzają, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, w tym z powołaniem się na dowody, że cena oferty nie jest rażąco niska, np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 131/18 „(...) Fakt wystosowania przez zamawiającego wezwania o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny rodzi po stronie wzywanego wykonawcy obowiązek wykazania, iż zaoferowana przez niego cena jest skalkulowana na rynkowym poziomie i nie ma cech ceny rażąco niskiej. Wynika to wprost z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. Ustęp 1 wskazanego artykułu określa, jakież to okoliczności mogą wpłynąć na obniżenie ceny oferty, przy czym wymieniony tam katalog nie ma charakteru zamkniętego. Wykonawca może i powinien powołać się na wszelkie czynniki pozwalające mu zaferować cenę na niższym poziomie.”, czy też wyrok z 2 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 115/18 „Z przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1 - 2 ustawy Pzp wynika, iż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego dotyczącego ceny oferty. Ponadto, zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli stwierdzi że zawiera ona rażąco niską cenę albo jeżeli wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym gdy w ogóle nie przedstawił wyjaśnień w tym zakresie. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia to cena odbiegająca od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ustawy Pzp mają na celu wykazanie, iż oferta znacząco odbiegająca od cen pozostałych ofert lub szacowanych przez Zamawiającego kosztów, nadal jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych i z zyskiem. W związku z tym zdawkowe, ogólne i uniwersalnej natury wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.”.

Odnosząc się do zarzutu rzekomego braku podania przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego szczegółowego uzasadnienia faktycznego odnośnie powodów, dla których uznał cenę oferty odwołującego za rażąco niską, Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający uzasadniając swoją decyzję podał, że *„Oświadczenie to stoi w sprzeczności z treścią wyjaśnień, w których Wykonawca powołuje się na sporządzenie kalkulacji na podstawie swoich osobistych doświadczeń przy założeniu jego własnych kosztów tak jakby on miał realizować zamówienia własnymi siłami, jednocześnie zastrzegając, że sam zamówienia nie będzie realizował. W tym kontekście wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji ceny, złożone na wezwanie Zamawiającego z art. 90 ustawy PZP są niejasne i sprzeczne. W wyjaśnieniach Wykonawca powołuje się na swoje bogate doświadczenie i zamortyzowany sprzęt jednocześnie wskazując te pozycje jako koszty (poz. 4 i 5 kalkulacji dla sektorów X, XI i XII). Tym samym wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie podanych przez niego kwot przyjętych dla wyliczenia ceny oferty jest w chwili obecnej iluzoryczne i nie mogą potwierdzać wykonania zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie, a oferta podlega odrzuceniu na podstawie przywołanych przepisów prawa.”*

Tym samym odwołujący miał wiedzę, a przy założeniu należytej staranności mógł taką powziąć, iż podstawą odrzucenia oferty było stwierdzenie przez zamawiającego, że zawiera ona rażąco niską cenę, gdyż wyjaśnienia są lakoniczne i iluzoryczne co do wyliczenia ceny oferty oraz że zostały oparte o założenia, które są wewnątrznie sprzeczne i niejasne.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

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 - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: