

Sygn. akt: KIO 322/13

**WYROK**  
z dnia 27 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 lutego 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2013 r. przez **wykonawcę I..... P..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „Partyński” I..... P..... w Laskówce Chorąskiej 123a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Radgoszcz, pl. Św. Kazimierza 7-8**

**orzeka:**

**1. oddała odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę I..... P..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „Partyński” I..... P..... w Laskówce Chorąskiej 123a i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę I..... P..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „Partyński” I..... P..... w Laskówce Chorąskiej 123a** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **wykonawcy I..... P..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „Partyński” I..... P..... w Laskówce Chorąskiej 123a** na rzecz **Gminy Radgoszcz, pl. Św. Kazimierza 7-8** kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Tarnowie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbudowę infrastruktury technicznej zbiornika wodnego Poręby-Narożniki w Radgoszczy (Etap I) zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Radgoszcz, pl. Św. Kazimierza 7-8 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2012r. za numerem 2012-432894.

W dniu 8 lutego 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 oraz o odrzuceniu m. in. oferty wykonawcy I..... P..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „Partyński” I..... P..... w Laskówce Chorąskiej 123a – dalej odwołujący, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy). Zamawiający wskazał, że oferta odwołującego po poprawie omyłek rachunkowych oferowała wykonanie zamówienia za cenę 1 962 232,15zł. brutto, a zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 2 850 382,39zł.. Zamawiający podał także kwoty jakie zaoferowali inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Wskazał, że zwrócił się do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i otrzymał w dniu 3 stycznia 2013r. odpowiedź odwołującego, w której odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten nie wskazał żadnych elementów oferty, które mają wpływ na wysokość ceny, których mają dotyczyć wyjaśnienia. Nadto odwołujący podał, że zaoferowana cena obejmuje całość przedmiotu zamówienia. Koszty odwołujący oszacował na podstawie doświadczenia, a lokalizacja firmy znajduje się blisko placu budowy. Powołał się na dysponowanie szeroką gamą oraz dużą ilością własnego sprzętu co ma pozwalać na racjonalne gospodarowanie. Zamawiający wskazał na treść art. 90 ust. 1 ustawy i podkreślił, że jedynie cena może być rażąco niska, a nie jej poszczególne elementy. Powołał pogląd doktryny W. Dzierżanowski – Prawo zamówień publicznych. Komentarz i stwierdził, że w tej sytuacji nie jest zasadne oczekiwanie wykonawcy, że zamawiający wskaże mu elementy kalkulacji, do których wykonawca ma się ustosunkować. Zamawiający wskazał, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, zaś zamawiający ma ocenić składane wyjaśnienia biorąc pod uwagę czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy. Zamawiający powołał także treść art. 90 ust. 3 ustawy wskazując na przesłanki odrzucenia oferty. Zamawiający podniósł brak legalnej definicji ceny rażąco niskiej oraz orzecznictwo SO w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009r. sygn. akt XII Ga 88/09 i podał,

że cena jest ceną rażąco niska, gdy jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o zamówienie. Podniósł, że miał uzasadnione podstawy, aby poddawać w wątpliwość wiarygodność zaoferowanej przez odwołującego ceny. Wskazał, że miał także obowiązek zweryfikowania złożonych przez odwołującego wyjaśnień/. Taki obowiązek został potwierdzony orzecznictwem Izby – wyrok z dnia 13 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2810/11, wyrok z dnia 13 stycznia 2012r. sygn. akt 2787/11. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia odwołującego są ogólnikowe, nie wskazują na konkretne argumenty mogące wskazywać na zaoferowanie tak niskiej ceny. Zamawiający podkreślił, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonywujących, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń, a odwołujący temu obowiązkowi nie podołał. Podsumowując zamawiający uznał, że odwołujący nie usunął wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny i nie udowodnił, że jego cena nie jest ceną rażąco niska. Istotą wyjaśnień w tym zakresie jest ich rzetelność, a pisma odwołującego tak ocenić nie można, stąd zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty.

W dniu 13 lutego 2013r. odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego pomimo, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej,
3. art. 90 ust. 1-3 ustawy poprzez uznanie że odwołujący nie złożył wyjaśnień, bo w ocenie zamawiającego wyjaśnienia odwołującego były zbyt ogólnikowe i nie potwierdziły braku rażąco niskiej ceny oferty odwołującego,
4. art. 90 ust. 1-3 ustawy poprzez nie wskazanie, których elementów oferty mają dotyczyć wyjaśnienia odwołującego,
5. art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryterium ceny.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie:
  - a) równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji
  - b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego dokonanej na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 1-3;

- c) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,
- d) dokonania ponownej oceny ofert
- e) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej tj. odwołującego przy uwzględnieniu jedynego kryterium to jest ceny.

### 3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku na skutek odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Oferta złożona przez odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, według kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ, a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący winien zostać wybrany do realizacji przedmiotu zamówienia. Wskutek odrzucenia oferty odwołującego, nie otrzyma on zamówienia przez co poniesie szkodę w postaci między innymi utraconego zysku czy utraty kosztów poniesionych na przygotowanie oferty.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2012 r., zwrócił się na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednak bez konkretyzacji wezwania do wyjaśnień, tj. bez wskazania konkretnych elementów oferty. W odpowiedzi odwołujący przedłożył w dniu 3 stycznia 2013 r., wyjaśnienia.

W wyjaśnieniach odwołujący zauważył, że zamawiający nie wskazał elementów oferty podlegających wyjaśnieniu, jednocześnie sam wskazał na:

- fakt, iż jego oferta została opracowana oparciu o wyceny otrzymane od dostawców materiałów budowlanych, a koszty robocizny i pracy sprzętu został oszacowany na podstawie własnego doświadczenia,
- iż jego firma posiada siedzibę oraz bazę magazynową i sprzętową najbliżej miejsca wykonania prac, dzięki czemu można radykalnie obniżyć koszty wykonania inwestycji,
- koszty przewozu sprzętu będą znikome,
- ewentualne przestoje z powodu złej pogody nie będą generowały istotnych kosztów,
- dodatkowo zimowy okres prowadzenia prac (charakteryzujący się zmniejszoną aktywnością inwestorów) umożliwił zapewnić ciągłość funkcjonowania firmy co ma niebagatelne znaczenie,
- zaznaczył również, że dysponuje szeroką gamą oraz dużą ilością własnych sprzętów budowlanych, dzięki czemu może nimi racjonalnie gospodarować co ma wpływać na bardzo niskie koszty działalności,
- zauważył, że 2 oferty z najniższą ceną zostały złożone przez firmy z bezpośredniego sąsiedztwa planowanej budowy, co potwierdza, że zostały skalkulowane zgodnie z lokalnymi cenami usług i robót budowlanych.

- złożona przez odwołującego oferta nie posiada znamion rażąco niskiej, gdyż w porównaniu z innymi złożonymi ofertami, jest jedynie o 18 % niższa od ceny kolejnej oferty złożonej przez P.P.H.U. „TRANS-ART.”

Wskazał, że siedziba odwołującego mieści się w Laskówce Chorańskiej, a wykonanie prac w Radgoszczy to jest około 26 km odległości, co ma niebagatelne znaczenie choćby nawet biorąc pod uwagę koszty paliwa, brak konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów pracowniczych z tytułu delegacji, rozłąki itp.

Zauważył, że obecnie na rynku budowlanym nastąpiły istotne zmiany, a narastająca konkurencja wymusiła na wykonawcach konieczność zmniejszenia poziomu planowanych zysków w celu pozyskania zamówień, co ma odzwierciedlenie w rozstrzygnięciach przetargowych gdzie wybierane oferty znacznie są poniżej kosztorysów zamawiających i stanowią 40% - 50% planowanych kosztów (w szczególności w inwestycjach z niezbędnym dużym udziałem pracy sprzętu budowlanego).

Podał, że zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień złożonych przez odwołującego uznając je za „ogólnikowe” i odrzucił ofertę odwołującego. Odwołujący się z tym nie zgodził i wskazał, że w powołanym przez zamawiającego komentarzu doktryna wskazuje, że pytanie do wykonawcy powinno natomiast zawsze wskazywać elementy oferty co do których Zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy które mają wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w swoim wezwaniu do wyjaśnień nie wskazał elementów oferty co do których winien odnieść się odwołujący mimo, że odwołujący na taki obowiązek zamawiającego wskazywał w swoich wyjaśnieniach. Odnosząc się do powołanego przez zamawiającego orzecznictwa odwołujący zauważył, że w sprawie, w której został wydany wyrok KIO z dnia 13.01.2012 r., sygn. akt KIO 2787/11) zamawiający wezwał ówczesnego odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny złożonej oferty jednocześnie wskazując w treści wezwania o jakie elementy chodzi, tj. o cenę roboczogodziny oraz kalkulację usług ochrony osób i mienia oraz monitoringu systemów alarmowych w obiektach Oddziału ZUS Zielona Góra, sprzątnięcia i odśnieżania terenów wokół obiektów. Podniósł, że stan faktyczny powołanego orzeczenia był odmienny od stanu w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazał, że w swoich wyjaśnieniach powołał się na wyjątkowo sprzyjające warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy - z uwagi na niezwykle blisko położone miejsce wykonywania inwestycji od baz sprzętowych i siedziby odwołującego.

Dopuszczalność takiej argumentacji potwierdza wyrok Izby z dnia 22 maja 2012 r. sygn. akt KIO 958/12. Wskazał, że nawet wyjaśnienia, choć mające charakter generalny mają znaczenie i odniesienie do korzystnej sytuacji dla tego konkretnie wykonawcy, co odpowiada wytycznym z art. 90 ust. 2 ustawy. Podniósł, że w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zamawiający nie może automatycznie dokonać odrzucenia oferty

wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę. W przypadku wystąpienia wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny zamawiający obowiązany jest do sprawdzenia każdej oferty mającej rażąco niski charakter pod względem składających się na nią elementów, następnie wystąpić o wyjaśnienia zanim podejmie decyzję o jej odrzuceniu (np. orzeczenie z dnia 21 maja 2008 r., w sprawie T-495/04 Belfass przeciwko Radzie). Podparł się także wyrokiem Izby z dnia 16 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 646/12; KIO 653/12

Zamawiający nie oczekiwał złożenia szczegółowych kalkulacji kosztów, lecz wykazania jedynie przesłanki z art. 90 ust. 2 ustawy.

Zdaniem odwołującego, nie można uznać, że odwołujący de facto nie złożył wyjaśnień, natomiast zamawiający nie wykazał iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, iż podstawą odrzucenia było nie przedłożenie wyjaśnień, poprzez przedłożenie ich w sposób zbyt ogólny. Ponieważ Odwołujący złożył wyjaśnienia, odrzucenie oferty odwołującego w trybie 90 ust. 3 ustawy (Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień) i art. 89 ust. 1 pkt. 4 było bezprawne i niezasadne. Co oznacza, że czynność Zamawiającego obarczona jest wadą prawną i odwołanie winno być uznane.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny w pierwszej kolejności odwołujący stwierdził należy że specyfiką omawianego postępowania przetargowego jest fakt, iż bardzo duży udział w kosztach ma praca sprzętu oraz ludzi. Samo odmulenie zbiornika polegające głównie na pracy sprzętu mechanicznego stanowi ok. 50% wartości inwestycji. Dodatkowo wszelkie materiały budowlane należy transportować w miejsce wbudowania, co można wykonać tylko dobrej jakości sprzętem mechanicznym. W związku z powyższym fakt posiadania przez odwołującego szerokiej gamy i dużej ilości własnego sprzętu budowlanego oraz bliskości bazy sprzętowo-warsztatowej jest kluczowy w przypadku zaproponowanej ceny. Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Powszechnych utrwalone jest stanowisko, iż pojęcie ceny "rażąco niskiej" pozostaje pojęciem nieostrym, dlatego punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ( Wyrok SO w Krakowie z 23.04.2009 r., Sygn. akt XII Ga 88/09, Wyrok SO w Poznaniu z 04.06.2008 r., Sygn. akt X Ga 127/08, Wyrok SO w Katowicach z 28.04.2008 r., Sygn. akt XIX Ga 128/08, Wyrok SO w Katowicach z 30.01.2007 r., Sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Izby z dnia

09.01.2012 r., Sygn. akt 2771/11, wyrok KIO z 12.01.2012 r., Sygn. akt 2790/11, wyrok KIO z 16.12.2011 r., Sygn. akt 2559/11, 2573/11, 2578/11).

Z powyżej powołanych orzeczeń wynika, iż aby stwierdzić rażąco niską cenę musi ona być, całkowicie nierealna, niewiarygodna, spekulacyjna, oderwana od realiów rynkowych czy też za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Cena ofertowa Odwołującego w porównaniu z innymi złożonymi ofertami, jest jedynie o 18 % niższa od ceny kolejnej oferty (w której nie dokonano poprawy omyłek co znacznie poprawiłoby proporcje na korzyść odwołującego). Tak więc, cena zaoferowana przez odwołującego nie odbiega znacząco od ceny drugiego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu również znającego lokalny rynek, a co za tym idzie cena ofertowa z pewnością jest ceną rynkową (nie oderwaną od realiów rynkowych). Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 lutego 2013r. bezpośrednio.

W dniu 13 lutego 2013r. zamawiający przekazał listem poleconym kopię odwołania pozostałym wykonawcom i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18 lutego 2013r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego i Ochrony Środowiska „EKOWOD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Śniadeckich 14 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że jego interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polega na tym, że ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany wyboru oferty najkorzystniejszej, co w konsekwencji przesunęłoby kolejność oferty zgłaszającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Wartość szacunkowa zamówienia zgodnie z ustaleniami na dzień 5 listopada 2012r. wynosiła 2 317 384,06zł. netto.

W dniu składania ofert - 20 listopada 2012r. – zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 3 mln. zł. oraz, że złożono następujące oferty :

1. „Wolimex” – 3 019 542,33 zł. brutto,
2. Maszyny Budowlane J..... D..... – 3 331 760,50zł. jw.
3. Zakład Zadrzewień Zieleni i Rekultywacji – 2 600 810,61zł. jw.
4. „Trans-Art.” – 2 377 915,83 zł. jw.
5. „Megbud” – 2 814 478,62 zł. jw.



6. EKOWOD – 2 581 051, 04 zł. jw.
7. Strabag – 2 576 410,68 zł. jw.
8. Wielobranżowy Zakład Produkcyjno-Usługowy – 2 987 387, 79 zł. jw.
9. Odwołujący – 1 993 781,65 zł. jw.

W dniu 27 grudnia 2012r. zamawiający dokonał poprawy w ofercie odwołującego omyłek rachunkowych i innych niezgodności w treści oferty, w wyniku czego doszło do ustalenia ceny oferty na kwotę 1 962 232,15zł. brutto.

W dniu 31 grudnia 2012r. odwołujący wyraził zgodę na poprawę omyłek.

W dniu 28 grudnia 2012r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy zwrócił się do odwołującego o pisemne wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny (1 962 232,15zł. brutto) w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia (2 850 382, 39zł. brutto). Wskazał, że składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny należy wskazać jakie czynniki mają wpływ na złożoną cenę, a udzielone wyjaśnienia powinny potwierdzać, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

W dniu 3 stycznia 2013r. odwołujący złożył następujące wyjaśnienia :

Odwołujący wskazał, że szacowana przez zamawiającego wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług (VAT) dla zadania jest równa 2.850.382,39 zł. W postępowaniu na to zadanie złożono również inne oferty. Cena drugiej oferty w kolejności stanowi ok. 83% kwoty szacowanej przez zamawiającego (kalkulacja powyższa nie zawiera obniżenia ceny oferty o kwotę wycenioną w pozycji, która zdaniem zamawiającego stanowiła tytuł rozdziału tj. ok. 250 000,00 zł). Podniósł, że dwie najniższe oferty zostały złożone przez firmy niemal z bezpośredniego sąsiedztwa planowanej inwestycji, zatem można założyć iż zostały one oszacowane zgodnie z lokalnymi rynkowymi cenami usług i robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi zamówienia. W związku z powyższym oferta nie może być podejrzana, iż jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Po drugie, zamawiający zwracając się o udzielenie wyjaśnień nie wskazał żadnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, których mają dotyczyć wyjaśnienia. Adresatem przepisu art. 90 ust. 1 Pzp jest zamawiający. Zwracając się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdaniem odwołującego, zamawiający obowiązany jest wskazać te elementy. Niedopełnienie przez zamawiającego ustawowego obowiązku pozbawia odwołującego możliwości udzielenia wyjaśnień, jako że nie wie, których elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny mają dotyczyć wyjaśnienia.

Odwołujący wyjaśnił i potwierdził, że oferta obejmuje całość zamówienia na zadanie, tj. obejmuje wszystkie elementy wskazane w przedmiarach oraz pozostałe wymagania

zamawiającego określone w SIWZ i specyfikacjach technicznych. Zamówienie będzie wykonane z materiałów posiadających odpowiednie atesty i deklaracje dopuszczające do użycia. Oferta, w tym jej cena, została opracowana w oparciu o wyceny otrzymane od dostawców materiałów budowlanych, a koszt robocizny i pracy sprzętu został oszacowany na podstawie posiadanego doświadczenia w wykonywaniu przez nas robót budowlanych o analogicznym zakresie i stopniu skomplikowania oraz zapewnia funkcjonowanie firmy w czasie prowadzenia inwestycji. Ponadto zwrócił uwagę na fakt, iż jego baza magazynowa i sprzętowa najbliższej miejsca prowadzenia prac. Dzięki temu można radykalnie obniżyć koszty prowadzenia inwestycji. Koszty przewozu sprzętu i materiałów będą znikome. Ewentualne przestoje z powodu pogody nie będą generowały istotnych kosztów. Dodatkowo zimowy okres prowadzenia prac (charakteryzujący się zmniejszoną aktywnością inwestorów) umożliwia zapewnienie ciągłości funkcjonowania firmy, co ma niebagatelne znaczenie.

Oświadczył że dysponuje szeroką gamą oraz dużą ilością własnych sprzętów budowlanych, dzięki czemu może nimi racjonalnie gospodarować (co ma wpływ na bardzo niskie koszty działalności). Uwzględniając wymienione powyżej czynniki w przygotowaniu oferty cenowej można znacznie obniżyć koszt wykonania inwestycji, a zatem i cenę oferty.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną i gdyby nie została ona odrzucona uzyskałby zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci kosztów sporządzenia oferty oraz utraty ewentualnego zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1-3 ustawy poprzez nie wskazanie, których elementów oferty mają dotyczyć wyjaśnienia odwołującego,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację należy przyznać zamawiającemu, że z treści art. 90 ust. 1 ustawy nie wynika obowiązek wskazywania przez zamawiającego elementów oferty, które mają wpływ na wysokość ceny. Z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy wynika obowiązek zamawiającego ustalenia czy oferta zawiera cenę rażąco niską oraz sposób w

jaki zamawiający na to ustalić, tj. wezwać do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i określić termin ich złożenia. Brak jest natomiast obowiązku określenia przez zamawiającego jakie to elementy oferty mają wpływ na wysokość ceny w danej ofercie. Przy czym odwołujący błędnie utożsamia elementy oferty z pozycjami kosztorysu uproszczonego, czy elementami tabeli elementów scalonych. W ocenie Izby oczywiście pozycje kosztorysowe jako koszty materiałów, robocizny i sprzętu mieszczą się w pojęciu elementu oferty, ale poza takimi elementami każdy wykonawca kalkuluje także koszty ogólne prowadzonej działalności, marżę, zysk, ryzyko inwestycji, ubezpieczenia, koszty danin publicznych itp. I u każdego wykonawcy koszty te mogą rozkładać się w inny sposób, choćby z obowiązującej go metody prowadzenia ksiąg rachunkowych, wielkości zatrudnienia, ilości realizowanych w danym momencie kontraktów, posiadanych praw wyłącznych, patentów, czy posiadanych kontaktów handlowych. Tych czynników – elementów stanowiących podstawę obliczenia ceny Z tego względu w ocenie Izby ma rację zamawiający, że z treści art. 90 ust. 1 ustawy nie wynika obowiązek zamawiającego do podania w wezwaniu do wyjaśnień jakie konkretnie elementy oferty budzą jego wątpliwości. Oczywiście jeśli zamawiający zauważy, że np. robocizna wskazana w kosztorysie ofertowym u pytanego wykonawcy rażąco odbiega od robocizny wycenionej przez innych wykonawców może o to zapytać, ale musi się wówczas liczyć z tym, że wykonawca wypowie się tylko w takim zakresie, a zamawiający nie uzyska pełnych wyjaśnień i trudno będzie mu wykonać dyspozycję art. 90 ust. 3 ustawy w zakresie oceny złożonych wyjaśnień. To, że ustawodawca posłużył się pojęciem „wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” należy rozumieć jedynie w ten sposób, że w trybie art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający nie może skorzystać z procedury wyjaśnień w celu wyjaśnienia innych niż wysokość ceny, swoich wątpliwości co do dokumentów składających się na ofertę, np. złożenia nieprawdziwych informacji, czy rozbieżności pomiędzy złożoną ofertą a postanowieniami siwz w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Co więcej art. 90 ust. 2 ustawy określają przykładowo obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny, na które może powoływać się wykonawca. Z charakteru tych czynników widać, że są to czynniki, które są znane właściwie tylko wykonawcy, jak dobór rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, udzielona pomoc publiczna. Tym samym oczekiwanie, że zamawiający będzie wskazywał co ma konkretnie wskazać wykonawca wyjaśniając swoją cenę nie znajduje oparcia w treści art. 90 ust. 1 w zestawieniu z art. 90 ust. 2 ustawy. Z tych względów Izba uznała zarzut za nieuzasadniony i nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 – 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1-3 ustawy poprzez uznanie że odwołujący nie złożył wyjaśnień, bo w ocenie zamawiającego wyjaśnienia odwołującego były

zbyt ogólnikowe i nie potwierdziły braku rażąco niskiej ceny oferty odwołującego i Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego pomimo, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej,

Zarzut nie potwierdził się. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy celem prowadzenia wyjaśnień w trybie tego przepisu jest ustalenie czy cena zaoferowana zawiera rażąco niską cenę. Zatem wyjaśnienia dokonywane są w sytuacji domniemania istnienia ceny rażąco niskiej. Celem działania wykonawcy przy składaniu wyjaśnień jest zatem obalenie tego domniemania poprzez wskazanie obiektywnych czynników mających wpływ na cenę. Zatem, gdy zamawiający oceni prawidłowo wyjaśnienia wykonawcy i uzna, że wykonawca nie podołał swojemu obowiązkowi obalenia domniemania, to domniemanie staje się wiążące dla zamawiającego – czyli cena zaoferowana uznana przez niego musi być za rażąco niską. Przedmiotem zatem badania przez Izbę przy zarzucie naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy w sytuacji złożenia wyjaśnień przez wykonawcę jest czynność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w uzasadnieniu faktycznym informacji o odrzuceniu oferty odwołującego wskazał zarówno okoliczności, które uzasadniały w jego ocenie przyjęcie domniemania ceny rażąco niskiej, jak i przedstawił swoją ocenę dokonanych przez odwołującego w dniu 3 stycznia 2013r. wyjaśnień. Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień wskazał przede wszystkim na brak udowodnienia twierdzeń odwołującego, co do dysponowania sprzętem, urządzeniami, czy tańszymi dostawcami. Dodatkowo w odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił rozszerzoną argumentację, co do każdego z czynników mających zdaniem odwołującego wpływ na zaoferowaną przez niego cenę. Z tej argumentacji wynika, że zamawiający wszechstronnie poddał analizie każdy z podanych czynników i stwierdził, że brak jest wykazania przez odwołującego, w jaki sposób dany czynnik oddziałuje na zaoferowaną cenę oraz zamawiający zauważył, że część czynników skazanych przez odwołującego jest wspólna także dla innych wykonawców. Izba uznała ocenę dokonaną przez zamawiającego za prawidłową. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób siedziba firmy i baza sprzętowa i magazynowa w pobliżu miejsca realizacji inwestycji wpływa na wysokość zaoferowanej ceny, nie porównał choćby kosztów transportu jakie musiałby ponieść w sytuacji, gdyby taką bazą nie dysponował, ani nie dokonał analizy tej sytuacji w odniesieniu do innych złożonych ofert. Zamawiający prawidłowo uznał te wyjaśnienia za nie obalające domniemania ceny rażąco niskiej, skoro dysponował cenami dwóch innych wykonawców mających siedziby swoich firm w podobnej odległości od miejsca realizacji zamówienia co odwołujący i mając wiedzę, że jeszcze jeden wykonawca, ma w takim pobliżu zgromadzoną bazę noclegową i sprzęt w

związku z realizacją innych inwestycji. Ceny wszystkich tych trzech dostawców były wyższe od ceny odwołującego o kilkaset tysięcy złotych przy zamówieniu, w którym średnia cen złożonych ofert wyniosła około 2 700 000zł. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób ustalił, że przestoje z powodu okresu zimowego nie będą u niego generowały znacznych kosztów i dlaczego jest to cecha charakterystyczna dla odwołującego, skoro inni wykonawcy będą wykonywać zamówienie w takim samym okresie czasu. Nie wykazał także w jaki sposób zapewnienie ciągłości funkcjonowania firmy wpływa na cenę i czy z tego powodu odwołujący założył i jakie oszczędności w metodzie wykonania zamówienia. Odwołujący wreszcie wskazał, że posiada dużo własnego sprzętu, ale ponownie nie wykazał jak ten fakt przekłada się na koszt roboczogodziny czy koszt sprzętu i dlaczego ta cecha odróżnia go od innych wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu. Fakt jednoosobowego prowadzenia działalności gospodarczej poruszony na rozprawie, nie był elementem wyjaśnień, stąd nie mógł być brany przez Izbę przy badaniu prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez zamawiającego. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający wykazał, że prawidłowo prowadził ocenę złożonych wyjaśnień i prawidłowo dokonał ustalenia, że odwołujący nie obalił domniemania ceny rażąco niskiej. Tym samym w czynnościach zamawiającego Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 – 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy i Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryterium ceny.

Zarzuty nie potwierdziły się. Rację ma zamawiający, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy nie mógł być w przedmiotowej sprawie skutecznie podniesiony. Jedynie oferta odwołującego odbiegała w sposób znaczący od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Tym samym zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy wobec odwołującego i wyciągnięcie konsekwencji prawnych wobec odwołującego z tytułu oceny złożonych wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, a nie zastosowanie tych przepisów do innych wykonawców nie naruszało zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji, skoro nie znajdowali się oni w analogicznym jak odwołujący stanie faktycznym i prawnym. Natomiast wobec nie potwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Izba nie dopatrzyła się także naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy art. 7 ust. 3 i 91 ust. 1 ustawy. Na marginesie rację należy przyznać odwołującemu, że gdyby poniesione przez niego zarzuty nieprawidłowego odrzucenia jego oferty potwierdziły się, to za uzasadnione należałoby wówczas uznać także

naruszenie art. 7 ust. 3 i 91 ust. 1 ustawy, gdyż wybór wykonawcy wybranego byłby dokonany z naruszeniem przepisów ustawy, bo nie dokonano by wyboru oferty najkorzystniejszej, skoro najkorzystniejszą ofertą byłaby oferta odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b i § 5 ust. 3 pkt 1 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) zasądzać od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów zastępstwa prawnego na posiedzeniu i rozprawie przed Izbą, zgodnie z przedłożoną przez odwołującego fakturą.

**Przewodniczący:**

.....