

**WYROK**

**z dnia 23 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. STV Polska Sp. z o.o., 2. STV Group a.s.; ul. St. Moniuszki 7, 40-005 Katowice,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa nr 4224 w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-601 Wałcz,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **1. Wojskowe Zakłady Uzbrojenia S.A. w Grudziądzu, 2. Huta Stalowa Wola S.A. w Stalowej Woli; ul. Parkowa 42, 86-300 Grudziądz** - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

**2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. STV Polska Sp. z o.o., 2. STV Group a.s.; ul. St. Moniuszki 7, 40-005 Katowice, i:**

**2.1** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. STV Polska Sp. z o.o., 2. STV Group a.s.; ul. St. Moniuszki 7, 40-005 Katowice** - tytułem wpisu od odwołania,

**2.2** zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. STV Polska Sp. z o.o., 2. STV Group a.s.; ul. St. Moniuszki 7, 40-005 Katowice** na

rzecz zamawiającego: **Jednostka Wojskowa nr 4224 w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-601 Wałcz** kwotę **976 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę w Izbie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

**I. Odwołujący** - Konsorcjum STV Polska Sp. z o.o. oraz STV Group a.s. - na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych dalej „Pzp”, wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę - *„Wykonanie naprawy głównej części specjalnej i naprawy konserwacyjnej podwozia bazowego 152 mm samobieżnych armato-haubic w z. 77 na samochodzie TATRA-815 „DANA”*, nr sprawy 20/2015 (przetarg ograniczony, ogłoszenie o zamówieniu - Dz. Urz. UE z dnia 21.02.2015 r., nr 2015/S 037-063917) polegającej na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum w składzie: Wojskowe Zakłady Uzbrojenia S.A. w Grudziądzu oraz Huta Stalowa Wola S.A. w Stalowej Woli, zwanego dalej „konsorcjum WZU”, w każdym z 15 zadań;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum WZU, pomimo że oferta wykonawcy na każde z 15 zadań zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

**II. Odwołujący** zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum WZU, pomimo iż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na każde z 15 zadań;
- 2) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp przez wielokrotne wzywianie konsorcjum WZU, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

**III. W** związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum WZU, w zakresie wszystkich 15 zadań;
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty konsorcjum WZU, w zakresie wszystkich 15 zadań,
- 3) nakazanie zamawiającemu wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie wszystkich 15 zadań;
- 4) zasądzenie kosztów postępowania, według faktury i potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy.

**IV. Odwołujący** wskazał, że posiada interes *prawny* we wniesieniu odwołania, gdyż

w przypadku odrzucenia oferty konsorcjum WZU, jego oferta zostanie uznana jako najkorzystniejsza. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, z czego oferta odwołującego otrzymała drugą w kolejności ilość punktów.

V. Odwołujący podniósł, że informację o wyniku postępowania otrzymał faksem w dniu 22 maja 2015 r., zatem termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp został zachowany.

#### **Uzasadnienie odwołania.**

1. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Każda z ofert dotyczyła wszystkich 15 zadań. Każde z zadań obejmowało tożsamy zakres czynności, przy czym dotyczyło innego pojazdu. Cena zaoferowana przez konsorcjum WZU na każde z 15 zadań wynosi 452 499,99 zł brutto i jest o 40,66% niższa niż szacunkowa wartość zamówienia (762 600,00 zł brutto). W związku z tym zamawiający pismem z dnia 13 maja 2015 r. wezwał konsorcjum WZU do wyjaśnienia i przesłania dowodów, które muszą wyczerpująco wskazywać wszystkie aspekty mające wpływ na przeprowadzoną przez konsorcjum WZU kalkulację ceny oferty w zakresie zadania od 1 do 15. Zamawiający zarazem podkreślił, że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

2. W odpowiedzi na wezwanie, konsorcjum WZU w piśmie z dnia 18 maja 2015 r. wskazało m.in. na następujące okoliczności:

- a) posiadanie zapewnienia producenta części zamiennych Excalibur Group a.s. wsparcia przy prowadzeniu remontów urządzeń DANA przez bezpośrednią dostawę niezbędnych materiałów do remontu bez pośredników;
- b) dokonanie reorganizacji procesu technologicznego, wyodrębniając czterobrygadową grupę osób tworzącą odrębny oddział remontowy w celu obniżenia kosztów wydziałowych, i dzięki temu koszt 1 godziny zmniejszył się z 28 zł do 19 zł;
- c) obniżenie planowanej ilości roboczogodzin o 12%;
- d) otrzymanie dotacji PMG;
- e) posiadanie własnego środka transportu i niekorzystanie z usług firm zewnętrznych.

Do pisma została dołączona kalkulacja o bardzo dużym stopniu „szczegółowości” (powinno być „ogólności” - sprostowanie odwołującego). Wyjaśnienia złożone przez konsorcjum WZU nie spełniały więc warunku konkretności, na który wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok z dnia 25 lutego 2015 r., KIO 178/15, KIO 197/15, KO 198/15; ponadto wyrok z dnia 20 stycznia 2015 r., KIO 2814/14.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził, że konsorcjum WZU nie dołączyło do wyjaśnień żadnych dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo takiego obowiązku wynikającego wprost z art. 90 ust. 1 Pzp, a także powoływania się w piśmie na konkretne dokumenty, jak np. pismo Dyrektora

Departamentu Polityki Zbrojeniowej MON nr DPZ/Z-60/15 z dnia 29.04.2015 r. czy wsparcie spółki Excalibur Group a.s. Okoliczności te powinny skutkować uznaniem przez zamawiającego, że konsorcjum WZU nie wywiązało się z obowiązku dowodowego wynikającego z art. 90 ust. 2 Pzp, a oferta powinna ulec odrzuceniu zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp. Z wyjaśnień złożonych przez konsorcjum WZU nie wynika bowiem w jaki sposób na cenę oferty wpływa otrzymanie dotacji PMG, ani też w której pozycji w kalkulacji została ona uwzględniona. Ponadto konsorcjum WZU stwierdzając, że odwołujący w 2014 r. zaoferował wykonanie usługi za kwotę 548.999,43 zł, a cena zaoferowana w bieżącym postępowaniu przez konsorcjum WZU jest o 18% niższa od oferty odwołującego z 2014 r. nie wyjaśnił jaki jest wpływ tej okoliczności na kalkulację.

Podsumowując, w wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2015 r. konsorcjum WZU nie udowodniło zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pomimo iż zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. W tym stanie rzeczy zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2015 r., KIO 2766/14.

3. Tymczasem zamawiający pismem z dnia 19 maja 2015 r. ponownie wezwał konsorcjum WZU do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, tj. dokumentów potwierdzających elementy kalkulacyjne, które miały wpływ na zaoferowaną cenę. Powtórne wezwanie do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej było niedopuszczalne - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2014 r., KIO 144/44. Pomimo, że orzeczenie to zostało wydane przed nowelizacją przepisów z października 2014 r., to jest ono tym bardziej aktualne obecnie z uwagi na treść art. 90 ust. 2 Pzp. Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2014 r., KIO 785/14. Działanie zamawiającego polegające na powtórny wezwaniu do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów było więc bezprawne.

4. Odwołujący podkreślił, że przez wyjaśnienia i dowody złożone w dniu 19 maja 2015 r. konsorcjum WZU także nie wykazało, że zaoferowana przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Po pierwsze, konsorcjum WZU nie wykazało jaka jest wysokość oszczędności dzięki zakupom części zamiennych dokonywanym bezpośrednio u ich producenta Excalibur Group a.s. Odwołujący podkreślił, że także jest producentem większości części zamiennych potrzebnych do wykonania usługi, a więc nie będzie korzystał z zakupów u pośrednika, a pomimo tego faktu nie był w stanie zaoferować ceny tak niskiej jak konsorcjum WZU.

Po drugie, konsorcjum WZU nie dołączyło do wyjaśnień żadnych cenników części zamiennych sprzedawanych przez Excalibur Group a.s., a w ocenie odwołującego to właśnie

ta pozycja w kalkulacji jest zaniżona (poz. 1 materiały bezpośrednie).

Po trzecie, pismo Dyrektora Departamentu Polityki Zbrojeniowej MON nr DPZ/Z-60/15 z dnia 29.04.2015 r. wpłynęło do lidera konsorcjum WZU w dniu 12 maja 2015 r., a więc po upływie terminu składania ofert. Wobec tego treść tego pisma nie mogła mieć żadnego wpływu na kalkulację ceny oferty, skoro termin składania ofert upływał w dniu 28 kwietnia 2015 r.

Po czwarte, konsorcjum WZU nie wyjaśniło i nie przedłożyło dowodów na okoliczność wykazania prawidłowości obliczenia wszystkich kosztów w kalkulacji dołączonej do pisma z dnia 18 maja 2015 r.

Tym samym także wyjaśnienia i dowody złożone przy piśmie z dnia 19 maja 2015 r. nie wykazały, że cena oferty nie jest rażąco niska.

5. Odwołujący wskazał, że w 2013 r. w postępowaniu o tożsamym przedmiocie zamówienia odwołujący złożył oferty z ceną 597 780 zł, a Wojskowe Zakłady Uzbrojenia S.A. oferty z ceną 824 198,40 zł, a więc niemal dwa razy wyższą niż obecnie. Z kolei w roku 2014 r. cena oferty odwołującego wynosiła 548 999,43 zł, a cena oferty Wojskowych Zakładów Uzbrojenia S.A. od 858 950,82 zł do 902 010,66 zł (w zależności od zadania) - ceny ustalone w oparciu o pismo zamawiającego z 14.04.2014 r. Może budzić uzasadnione wątpliwości czy konsorcjum WZU było w stanie w tak dużym stopniu obniżyć oferowane przez siebie ceny za wykonanie usługi (niemal dwa razy mniej).

Dowód:

- *Specyfikacje Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniach w latach 2012-2013; w 2014 r.;*
- *pismo zamawiającego z dnia 12 lutego 2013 r. zawierające zestawienie cen w 2013 r.;*
- *wyniki postępowania z 2014 r., pismo z dnia 14 kwietnia 2014 r.;*
- *zestawienie cen oferowanych w latach 2015, 2014 i 2013.*

Ceny zaoferowane przez konsorcjum WZU w 2013 r. i 2014 r. mają istotne znaczenia dla stwierdzenia, że oferta złożona w 2015 r. zawiera rażąco niską cenę - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2015 r., KIO 2824/14, KIO 12/15). Porównanie cen zaoferowanych przez konsorcjum WZU w 2015 r. z cenami zaoferowanymi w 2014 r. i 2013 r. prowadzi do wniosku, że oferta z 2015 r. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, odwołanie jako całkowicie uzasadnione, zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki: wskazane w treści odwołania.

**Odwołujący** złożył na posiedzeniu Izby dodatkowe pismo z dnia 17 czerwca 2015 r. z załącznikami: 1) arkusz kalkulacyjny minimalnych kosztów najważniejszych składowych

materiałów bezpośrednich, z załącznikami w języku czeskim (bez tłumaczenia), 2) informację sporządzoną przez doradcę podatkowego R. K. z dnia 11 czerwca 2015 r., 3) opinię audytora P. K. z dnia 11 czerwca 2015 r., z tłumaczeniem przysięgłym języka czeskiego z dnia 15 czerwca 2015 r.

**Zamawiający** złożył na posiedzeniu Izby odpowiedź na odwołanie z załącznikami wnosząc o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania w sprawie, z uwzględnieniem zestawienia poniesionych kosztów, przedłożonego na rozprawie,
- 3) przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie.

W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał, że odwołanie jest bezzasadne z niżej przedstawionych powodów:

1/ wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie uchybił przepisom art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną.

W ocenie zamawiającego cena przedstawiona w ofercie Konsorcjum, w skład którego wchodzi Wojskowe Zakłady Uzbrojenia S.A. w Grudziądzu i Huta Stalowa Wola S.A. (dalej: Konsorcjum) nie jest rażąco niska, i nie budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia może być uznana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, cena, która generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to cena, która nie gwarantuje wykonawcy zysku. Definicja taka została wypracowana przez orzecznictwo i jak się wydaje nie jest ona podważana.

Sam fakt złożenia w postępowaniu oferty poniżej wartości szacunkowej (762 600,00 zł) nie przesądza o obowiązku uznania ceny za rażąco niską, a jedynie zobowiązuje zamawiającego do żądania udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp). Dopiero po ich otrzymaniu i ocenie zamawiający może stwierdzić czy cena ta jest rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem zamawiającego, złożenie ofert w postępowaniu poniżej wartości szacunkowej wskazuje na specyfikę i konkurencyjność rynku. Twierdzenie to uprawdopodobnia fakt, że wszystkie złożone oferty (Konsorcjum i odwołującego) miały

wartość odbiegającą od wartości szacunkowej (uśredniona oferta odwołującego - 679 780,00 zł za jedną armato-haubicę, Konsorcjum - 452 499,99 zł za jedną armato-haubicę).

Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający dokonał oszacowania przedmiotu zamówienia (a tym samym wskazał wielkość środków finansowych jakie musi zapewnić na realizację postępowania), wysyłając zapytanie o cenę szacunkową remontów będących przedmiotem przetargu do trzech firm, które występują na rynku i zajmują się wykonywaniem usług o podobnym charakterze. Były to:

- 1) WZU S.A. Grudziądz - nie udzieliła odpowiedzi,
- 2) STV Polska sp. z o. o. - podała cenę 762 600,00 zł (za jedną armato-haubicę),
- 3) HSW S.A. Stalowa Wola - nie udzieliła odpowiedzi.

Dowód: 1/ pismo z dnia 14 stycznia 2015 r. do WZU S.A. z prośbą o podanie szacunkowej ceny remontu 1 sztuki sprzętu, 2/ pismo z dnia 14 stycznia 2015 r. do firmy Huta Stalowa Wola o treści jak wyżej, 3/ odpowiedź firmy STV z dnia 15 stycznia 2015 r. z podaną wartością szacunkową netto 620 000,00 zł (brutto 762 600,00 zł).

Z uwagi na fakt, że na zapytanie odpowiedziała jedynie firma odwołującego, to jej wycenę uznano za miarodajną dla określenia wartości szacunkowej zamówienia. Sam odwołujący złożył w postępowaniu ofertę poniżej wskazanej przez siebie wartości szacunkowej zamówienia.

2/ Zamawiający po stwierdzeniu, że cena Konsorcjum jest niższa o ponad 30% od wartości przedmiotu zamówienia, zgodnie z obowiązkiem wynikającym z przepisów art. 90 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę, zwrócił się do wykonawcy pismem z dnia 13 maja 2015 r. o wyjaśnienia wszystkich tych aspektów, które mają wpływ na przeprowadzoną kalkulację ceny.

Dowód: pismo z dnia 13 maja 2015 r. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień i dowodów, w aktach postępowania.

Konsorcjum złożyło żądane wyjaśnienia podnosząc w nich m.in., że dokonało reorganizacji procesu technologicznego wyodrębniając odrębny oddział remontowy, co wpłynęło na spadek wartości roboczogodziny z 28 zł na 19 zł, wskutek wprowadzenia seryjnego montażu i demontażu obniżono planowaną ilość roboczogodzin o 12%, jak również wskutek współpracy z firmą Excalibur GROUP a.s. i zapewnień spółki będącej producentem części zamiennych będzie otrzymywało materiały do remontu bez pośredników.

Zamawiający uznał, że dokument w postaci kalkulacji ceny nie jest dla niego wystarczający, wobec czego ponownie pismem z dnia 18 maja 2015 r. zażądał dowodów, czyli dokumentów, które potwierdziłyby elementy kalkulacyjne mające wpływ na zaoferowaną cenę.



W wyznaczonym terminie, za pismem z dnia 19 maja 2015 r., Konsorcjum przysłało dokumenty potwierdzające elementy kalkulacyjne, które miały wpływ na zaoferowaną cenę, a wśród nich:

1. pismo Excalibur Group a.s. o zapewnieniu dostaw części,
2. analizę kosztów transportu dla 15 sztuk urządzeń i średnio dla jednej sztuki w kwocie 10 731,61 zł (poz. 3 zestawienia kalkulacyjnego - koszty specjalne, transport urządzeń),
3. zestawienie godzin produkcyjnych na remont konserwacyjny samochodu Tatra - 815 remont seryjny (poz. 4 zestawienia kalkulacyjnego - robocizna bezpośrednia),
4. zestawienie godzin produkcyjnych na naprawę zakładową - remont seryjny (poz. 4 zestawienia kalkulacyjnego - robocizna bezpośrednia),
5. zarządzenie nr 4 z dnia 4 maja 2015 r. w sprawie zmian organizacyjnych (wyodrębnienie grupy remontowej dla remontu urządzeń armato-haubic).

Dokumenty te w szczególności:

- potwierdzają wysokość kosztów transportu ujętą w kalkulacji,
- potwierdzają wartość robocizny bezpośredniej (poz. 4 kalkulacji). Z sumowania ilości godzin przewidzianych na wykonanie remontu podwozia dla 15 podwozi (1150 godzin) oraz ilości godzin produkcyjnych na naprawę zakładową (część specjalna) - 2350 godzin - wynika, że ilość godzin niezbędnych dla remontu seryjnego wynosi 3500 godzin ( $2350 + 1150 = 3500$ ). Ilość godzin pomnożona przez wartość robocizny bezpośredniej (19,00 zł) wskazuje na wartość robocizny bezpośredniej dla 15 sztuk sprzętu (poz. 4 kalkulacji), wynosi 66 500,00 zł ( $3500 \times 19,00 \text{ zł} = 66 500 \text{ zł.}$ ),
- uprawniają do otrzymania dotacji, o której mowa w piśmie Ministerstwa Obrony Narodowej z dnia 22 kwietnia 2015 r. wpływającej pośrednio na koszty wydziałowe. Dodatkowo za tym przemawia fakt otrzymania takiej dotacji przez WZU w roku 2014, zgodnie z obwieszczeniem MON z dnia 31 grudnia 2014 r. w sprawie wykazu jednostek, którym przyznano w roku 2014 dotację podmiotową (Dz. U.MON z 2015 r. poz. 1). Wśród beneficjentów tej dotacji w załączniku do obwieszczenia wymieniony jest WZU S.A.

Nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut zaniżenia kosztów materiałów eksploatacyjnych. W kalkulacji podano je w kwocie 125 700,00 zł, podczas gdy w kosztorysie dotyczącym postępowania na naprawę główną części specjalnej i naprawy konserwacyjnej podwozia bazowego (przedmiot zamówienia identyczny jak w niniejszym postępowaniu, sam odwołujący przedstawił kalkulację, w której te koszty wynoszą 13 774,00 zł. Są więc znacznie niższe niż te, które zawarło w kalkulacji Konsorcjum.

Dowód: 1/ kalkulacja odwołującego w postępowaniu nr 231/2012 (wraz z pismem z dnia 25 lutego 2013 r. zawierającym wyjaśnienia treści złożonej oferty przez STV Polska Sp. z o.o.).

Zamawiający uznał, że załączone dokumenty potwierdzają złożone wyjaśnienia z dnia 18 maja 2015 r., oraz potwierdzają elementy zestawienia kalkulacyjnego mające wpływ na kształtowanie ceny.

Uwiarygodniona kalkulacja zawierająca zysk, oznacza, że wykonanie zamówienia jest dla Konsorcjum możliwe i przy zachowaniu reguł rynkowych, opłacalne. Uzasadnia to przekonanie zamawiającego, że cena zaoferowana przez Konsorcjum nie jest rażąco niska, a tym samym brak podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Na marginesie zamawiający podniósł, że:

1. analiza ofert składanych w latach 2013 i 2014 przez WZU S.A (samodzielnie lub jako członek Konsorcjum) na tożsamy z niniejszym przedmiot zamówienia wskazuje, że oferowane przez nią ceny nie były konkurencyjne w stosunku do cen proponowanych przez STV Polska Sp. z o.o. (biorącego udział w przetargach z innym członkiem konsorcjum). Rozpiętość między tymi cenami była b. duża, a kształtowały się one następująco:

w 2013 r. - oferta STV 597,780 zł; oferta WZU 824 198 zł;

w 2014 r. - oferta STV 548 999,43 zł; oferta WZU średnia cena - 881 463,76 zł.

Dowód: 1/ zbiorcze zestawienie ofert w roku 2014 w postępowaniu na usługę - wykonanie naprawy głównej części specjalnej i naprawy konserwacyjnej podwozia bazowego 152 mm armato-haubic samobieżnych wz. 1977 „DANA” na samochodzie Tatra - 815 (teczka akt 13/44);

2/ zbiorcze zestawienie ofert w roku 2012 - w postępowaniu na usługę - wykonanie remontu głównej części specjalnej i remontu konserwacyjnego, z terminem realizacji w roku 2013 (teczka akt 155).

Obecnie, cena zaproponowana w ofercie przez Konsorcjum nie odbiega znacząco od cen odwołującego tak w latach poprzednich jak i w niniejszym postępowaniu. Oznacza to, że nie jest ona oderwana od realiów rynkowych i potwierdza tezę, że nie jest rażąco niska.

2. przekroczenie procentowego progu (30%) pomiędzy ceną oferty, a wartością zamówienia - wskazującego na istnienie domniemania „rażąco niskiej ceny” było spowodowane porównaniem oferty Konsorcjum z ceną podaną na etapie szacowania przez późniejszego wykonawcę (odwołującego).

Odpowiadając na pytanie zamawiającego (na etapie szacowania zamówienia) o potencjalną cenę, potencjalni wykonawcy często ją zawyżają. To powoduje, że oszacowanie dokonane przez zamawiającego dotknięte jest również tą sama wadą, czyli jest zawyżone. Należy stwierdzić, że i tu leży przyczyna różnicy pomiędzy wartością zamówienia, a wartością oferty złożonej przez Konsorcjum.

3. nie można skutecznie postawić zarzutu, że przedstawienie szczegółowej kalkulacji

(„o dużym stopniu szczegółowości”) oznacza, że wyjaśnienia przestają być „konkretne”.

Konsorcjum przedstawiając szczegółowe zestawienie kalkulacyjne wykazało nie tylko staranność w dowodzeniu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ale umożliwiło prześledzenie wszystkich elementów składających się na cenę oferty.

3/ Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu brak przepisów prawnych, które ograniczałyby możliwość powtórnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dokumentów, które miałyby wykazać, że oferta jego nie zawiera rażąco niskiej ceny. W szczególności taki zakaz nie wynika z przepisów art. 90 Pzp, tak w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją jak i obecnie. Potwierdza tę tezę, aktualny również w obecnym stanie prawnym, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/30, w którym Sąd jednoznacznie wskazał, że brak jest przeszkód prawnych do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”. Nie inaczej było w niniejszej sprawie. Zamawiający uznał, że niewystarczające jest przedstawienie wyjaśnień i dokumentu stanowiącego kalkulację ceny i zażądał uzupełnienia wyjaśnień o dokumenty potwierdzające elementy kalkulacyjne mające wpływ na zaoferowaną cenę. Było to działanie uprawnione, stąd zarzut niezgodnego z przepisami art. 90 Pzp działania zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem zamawiającego, dokonując interpretacji art. 90 Pzp, przy jego wykładni należy brać pod uwagę cel ustawy o zamówieniach publicznych. Przy statuowaniu art. 90 celem ustawodawcy było umożliwienie zamawiającemu oceny oferty tak, aby wyeliminować ofertę z rażąco niską ceną, a tym samym usunąć wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. Przy uwzględnieniu, że ustawodawca nie ograniczył działania zamawiającego przy żądaniu wyjaśnień, należy przyjąć, że możliwe jest żądanie wyjaśnień niejednokrotne, ale wielokrotne - do czasu usunięcia wątpliwości zamawiającego.

Mając na uwadze argumenty przytoczone w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający wniósł jak na wstępie.

Załączniki - dokumenty przywołane w piśmie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że wobec spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego przystąpienia (mimo zastrzeżeń formalnych odwołującego do umocowania pełnomocnika wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia do czynności zgłoszenia przystąpienia - nieuwzględnionych przez Izbę), wykonawca - konsorcjum: Wojskowe Zakłady Uzbrojenia w Grudziądzu i Huta Stalowa Wola w Stalowej Woli - stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2-3 Pzp), zwanym dalej też „przystępującym” lub „wykonawcą”.

Uznając, że odwołanie nie podlega odrzuceniu (mimo wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania z powodu braku dokumentów rejestrowych jednej ze spółek odwołującego, uzupełnionych na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej), Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp legitymujące go do wniesienia odwołania (wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy).

Wobec niewykazania zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu, odwołanie podlega oddaleniu.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia uczestniczą dwaj wykonawcy - odwołujący i przystępujący, w obu przypadkach są to wykonawcy tworzący konsorcja ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia, z tą różnicą, że WZU S.A. w Grudziądzu brały dotychczas udział jako wykonawca samodzielny. Obaj wykonawcy specjalizują się w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający prowadzi systematycznie postępowania o udzielenie zamówień, których przedmiotem są naprawy tego rodzaju, jakie stanowią przedmiot ocenianego postępowania, z udziałem obu wykonawców, czego potwierdzeniem jest odwoływanie się do postępowań przeprowadzonych w latach 2012-2014.

Obaj wykonawcy złożyli oferty na każde z 15 zadań.

Ceny ofert zostały uśrednione i średnia cena jednego zadania wskazywana jest w dalszej części uzasadnienia, jako cena oferty.

Ceny ofert: odwołującego - 679 780,00 zł; przystępującego - 452 499,99 zł.

W toku badania i oceny ofert, zamawiający jest uprawniony/zobowiązany do ustalenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi: *„Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących*

*elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”*

Obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Próg 30% stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Również w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Zaistnienie wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Bez względu na brak zaistnienia okoliczności wymienionych przykładowo w art. 90 ust. 1 Pzp, w razie wystąpienia wątpliwości odnośnie wartości zaoferowanej przez wykonawcę ceny, zamawiający jest zawsze uprawniony wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień (na podstawie opinii pt. „*Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych*” - strona [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oznacza obowiązek wykazania, że zaproponowana przez wykonawcę cena nie ma charakteru rażąco niskiej, a więc wykazania istotnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - art. 90 ust. 2 Pzp (*obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy*).

W przypadku nie złożenia wyjaśnień lub gdy ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający odrzuca ofertę - art. 90 ust. 3 Pzp.

O tym, czy cena oferty jest rażąco niska, rozstrzyga na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, na podstawie posiadanych dokumentów, w szczególności wyjaśnień wykonawcy i załączonych

do wyjaśnień dowodów, ocenianych w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Konsekwencją uznania ceny rażąco niskiej na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jest też zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (*„zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”*).

Cytowany przepis art. 90 ust. 1 Pzp posługuje się pojęciami: *przedmiot zamówienia; wartość zamówienia; cena oferty; średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert*.

Wartość zamówienia - jest to *wartość ustalona przez zamawiającego z należytą starannością na podstawie całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług* - art. 32 ust. 1 Pzp.

Cena - jest to *cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915) - art. 2 pkt 1 Pzp (przywołane przepisy ustawy: art. 3 ust. 1 - użyte w ustawie określenia oznaczają: 1) cena - wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; ust. 2 - w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową)*.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na podstawie informacji wykonawcy tworzącego odwołujące się konsorcjum, przyjmując podaną cenę netto w roku 2015 r. W piśmie z dnia 15.01.2015 r. wykonawca STV POLSKA Sp. z o.o. w Katowicach podał, że *„(...) po analizie przedstawionych informacji odnośnie zakresu naprawy głównej części specjalnej i naprawy konserwacyjnej (...) szacunkowa cena w roku 2015 r. będzie kształtować się w granicach 620 000,00 zł netto za 1 szt.”*

Zamawiający przyjął wskazaną cenę netto 620 000,00 zł, zwiększył ją o kwotę podatku VAT i ustaloną w ten sposób kwotę 762 600,00 zł brutto, uznał jako wartość zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do porównania: ceny badanej oferty do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (w tym przypadku dwóch ofert). Wartość zamówienia, jak wskazano wyżej, jest to całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług. Skoro zamawiający dokonał ustalenia wartości zamówienia na podstawie informacji odwołującego, to w świetle art. 32 ust. 1 Pzp, wartością zamówienia powinna być kwota 620 000,00 zł.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu wynika z sumowania cen ofert obu wykonawców i podzielenia sumy przez liczbę ofert (2).

Cena oferty badanej to kwota 452 499,99 zł, a średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert, to kwota 566 140,00 zł (suma cen ofert: odwołującego - 679 780,00 zł i przystępującego - 452 499,99 zł podzielona przez 2).

Procentowy stosunek ceny oferty przystępującego do wartości zamówienia wynosi 72,98%, do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert - 79,93%.

W obu przypadkach cena oferty przystępującego jest niższa od wartości wskazanych w art. 90 ust. 1 Pzp do porównania, o mniej niż 30% (27,02% i 20,07%).

Koszt remontu 1 szt. podany przez odwołującego jako cena netto, dla ustalenia wartości zamówienia, nie podlegał zwiększeniu o kwotę podatku VAT. Wobec wątpliwości co do ustalenia wartości zamówienia, przepis art. 90 ust. 1 Pzp wskazuje drugą możliwość porównania - ceny oferty ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert. Zasadność takiego porównania potwierdza m.in. orzeczenie przywołane w odwołaniu: „*Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu.*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2015 r., KIO 2824/14, KIO 12/15).

Powyższy fakt nie miał żadnego wpływu na ocenę zarzutów odwołania.

Zgodnie z wyjaśnieniami przystępującego (pismo z dnia 18 maja 2015 r.) oraz oświadczeniem złożonym na rozprawie, cena oferty przystępującego jest niższa o 18% od ceny, za jaką odwołujący uzyskał zamówienie w 2014 r. u obecnego zamawiającego.

Zamawiający jest uprawniony w każdej sytuacji do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, o których stanowi przepis art. 90 ust. 1 Pzp, a w przypadku osiągnięcia różnicy wynoszącej 30%, czynność ta jest obowiązkiem zamawiającego.

Zamawiający wezwał przystępującego pismem z 13 maja 2015 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, podając, że dokonał ustalenia wartości zamówienia na każde z zadań na kwotę 762 600,00 zł brutto, cena oferty jest niższa od wartości zamówienia o 40,66% - wskazując różnicę znacznie zawyżoną.

Wykonawca udzielił wyjaśnień i załączył „*Zestawienie kalkulacyjne na 1 szt. z 15, wyszczególnienie*”, przedstawiające w pozycjach 1-14 wyszczególnienie części składowych zestawienia, wielkości procentowe oraz ceny poszczególnych części składowych, wskazując końcową cenę 452 499,99 zł brutto (pismo z dnia 18 maja 2015 r.).

Pismem z dnia 18 maja 2015 r. zamawiający wezwał ponownie wykonawcę podając,

że prosi o złożenie dowodów potwierdzających, iż cena nie jest rażąco niska (np. dokumenty potwierdzające elementy kalkulacyjne, które miały wpływ na zaoferowaną cenę). Pismem z dnia 19 maja 2015 r. wykonawca przesłał dokumenty potwierdzające elementy kalkulacyjne, które miały wpływ na zaoferowaną cenę: 5 załączników na 11 arkuszach.

Zamawiający wybrał ofertę przystępującego, jako najkorzystniejszą, co świadczy, że ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdziła rażąco niskiej ceny oferty.

Odwołujący zakwestionował czynności zamawiającego podnosząc również zaniechania, które stanowią w jego ocenie naruszenie następujących przepisów Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, pomimo rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia na każde z 15 zadań; art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 przez wielokrotne wzywianie konsorcjum do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

I. Odnosząc się do zarzutów odwołującego, Izba wskazuje, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp, zarówno w poprzednim stanie prawnym, jak i po zmianie ustawy, nie określał, czy zwrócenie się do wykonawcy ma być wyłącznie jednorazowe, czy też nie. Treść przepisu „*zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień*”, tożsama z poprzednim brzmieniem, w przeciwieństwie do treści np. art. 26 ust. 3 Pzp „*zamawiający wzywa wykonawców*”, stanowiła podstawę uznania w orzecznictwie, że w określonych sytuacjach wezwanie może być powtórzone.

Takie stanowisko wynika z wielu orzeczeń Izby, wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie przywołanym przez zamawiającego. W opinii prawnej zamieszczonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2013 Opinie prawne pt. „*Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia*” (wydanej przed nowelizacją Pzp), wskazano m.in. „*Problematyka dotycząca możliwości wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę uregulowana jest, tak na gruncie prawa europejskiego jak i w ustawie Pzp, w sposób jednoznaczny. Stosownie bowiem do treści art. 55 ust. 1 dyrektywy klasycznej, zamawiający w przypadku, gdy oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dokonując wykładni powyższych przepisów należy wziąć również pod uwagę art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym przez konsultacje*



*z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody. Uwzględniając normę z art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, w szczególności użyty w niej zwrot „konsultacje”, uznać należy, iż działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości. Podobnie na gruncie polskich regulacji wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 lipca 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), w którym stwierdził, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym, z literalnej wykładni powyższych przepisów wynika, iż zamawiający dla rzeczywistej weryfikacji oferty wykonawcy w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie może poprzestać na jednokrotnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli nadal ma wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie także w świetle celowościowej wykładni powyższych przepisów. Celem art. 90 ustawy Pzp, jak i art. 55 dyrektywy klasycznej jest wyeliminowanie z postępowania ofert tych wykonawców, którzy proponują realizację przedmiotu zamówienia na warunkach niemożliwych do spełnienia, nierealnych, nierzeczywistych. Uwzględniając bowiem konieczność ochrony szeroko definiowanego interesu publicznego, jak i ochrony naczelnej zasady systemu zamówień publicznych - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niedopuszczalne jest powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy, który nie zrealizuje przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią złożonej oferty. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.*

Przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w nowych dyrektywach z dnia 26 lutego 2014 r.: procedurę weryfikacji rażąco niskich ofert regulują art. 69 dyrektywy 2014/24/UE - ust. 3. „Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów” i art. 84 dyrektywy 2014/25/UE - ust. 3. „Podmiot zamawiający

*ocenia dostarczone informacje, konsultując się z oferentem. Może on odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy przedstawione dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2)."*

W cytowanej już opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej UZP pt. *„Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”* wskazano również: *„W przekazanym wykonawcy wezwaniu zamawiający powinien przy tym w sposób wyraźny i możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień. Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień.”*

Na podstawie przedstawionych regulacji, Izba podziela stanowisko o możliwości zamawiającego dodatkowego wezwania wykonawcy w celu doprecyzowania lub udzielenia szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zatem, brak jest podstaw do uznania czynności zamawiającego z 18 maja 2015 r. - powtórne zwrócenie się do wykonawcy o złożenie dowodów, jako naruszającej przepisy Pzp wskazane w odwołaniu.

II. Zamawiający zwracając się o złożenie wyjaśnień pismem z dnia 13 maja 2015 r. określił - prosi o: *„przesłanie wyjaśnień i dowodów, które muszą wyczerpująco wskazywać wszystkie aspekty mające wpływ na przeprowadzoną przez wykonawcę kalkulację ceny oferty.”* Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 18 maja 2015 r. zawarte w 1-7 punktach pisma wskazują: aspekty współpracy wykonawców, którzy w tym postępowaniu złożyli ofertę wspólnie, specjalizujących się każdy w innym zakresie remontów; nawiązanie współpracy z producentem części zamiennych, w tym możliwość bezpośredniej dostawy materiałów; dokonanie procesu technologicznego, w tym wyodrębnienie grupy osób tworzącej odrębny oddział remontowy, czego wynikiem jest obniżenie roboczogodziny z 28 zł na 19 zł; z uwagi na dotychczasowe doświadczenie, zatrudnianie specjalistów i wprowadzenie - wobec zakresu jednoczesnego remontu 15 szt. - seryjnego demontażu, remontu i montażu oraz szczegółowej międzyoperacyjnej kontroli jakości, skutkiem czego obniżono planowaną ilość roboczogodzin o 12%; ponadto posiadanie własnego transportu oraz otrzymanie dotacji PMG obejmującej m.in. utrzymanie mocy produkcyjnych, w tym odpowiedniego oprzyrządowania i maszyn. Załączone zestawienie kalkulacyjne odpowiada wymaganiom dowodu - dokumentu w rozumieniu art. 245 kpc, jako dokumentu pochodzącego od wykonawcy (tak m.in. w wyroku z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. akt 1121/14).

W wezwaniu z dnia 18 maja 2015 r. zamawiający zwrócił się o złożenie dokumentów

potwierdzających elementy kalkulacyjne, które miały wpływ na zaoferowaną cenę.

Wykonawca złożył z pismem z dnia 19 maja 2015 r. dowody: potwierdzenie przez producenta udzielenia wsparcia dla przystępujących w toku realizacji zamówienia, z jednoczesnym zapewnieniem o nieudzieleniu wsparcia odwołującemu; przedstawienie kosztów transportu niezbędnych do realizacji zamówienia; strony tytułowe przewodników technologicznych dotyczących dwóch rodzajów napraw; zestawienie godzin produkcyjnych dla dwóch rodzajów napraw; zarządzenie Nr 4 z dnia 4 maja 2015 r. Zarządu WZU S.A. w sprawie zmian organizacyjnych - organizacja wyodrębnionego oddziału remontu; kopia pisma MON w sprawie dotacji.

Z dowodów przedstawionych przez zamawiającego:

- zestawienia cen oferowanych w 2013 r. (8 zadań): odwołujący jako konsorcjum z ceną oferty 597 780,00 zł; Wojskowe Zakłady Uzbrojenia S.A. z ceną oferty 824 198,40 zł; w 2014 r. - odwołujący jako konsorcjum (10 zadań) z ceną oferty 548 999,43 zł; Wojskowe Zakłady Uzbrojenia S.A. (5 zadań) - średnia cena 881 463,76 zł;
- wyjaśnienia odwołującego na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp (cena oferty odwołującego wynosiła 597 780 zł i była niższa o ok. 20% od wartości zamówienia); załącznika do wyjaśnień pt. *Wyciąg z kalkulacji planowej (...)*, przedstawiającego zestawienie części specjalnej i remont konserwacyjny (...), w tym w pozycjach 1-17 opisane materiały, roboty itp. z podaniem ilości jednostek, cen jednostkowych, ceny "razem" w walucie czeskiej oraz w PLN

- wynika, że na uwagę zasługuje to, iż w poprzednich postępowaniach cena oferty obecnego przystępującego była znacznie wyższa od ceny aktualnego odwołującego; wyjaśnienia odwołującego udzielone na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp (w piśmie z 25.02.2013 r.) z załącznikiem pt. *Wyciąg kalkulacji planowej (...)*, są takie, jakie odwołujący w obecnym postępowaniu uznał za niewystarczające, potwierdzające rażąco niską cenę; koszt materiału w kalkulacji planowej został wskazany przez odwołującego w kwocie 13 774,00 zł, tymczasem wskazany przez przystępującego w aktualnym postępowaniu koszt w kwocie 125 700 zł - został zakwestionowany przez odwołującego jako znacznie zaniżony.

W przedmiocie rażąco niskiej ceny w orzecznictwie wskazano: w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

*Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Ten sam sąd w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że „Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (...) Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, 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”. W wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08 Sąd Okręgowy w Poznaniu orzekł: „przepisy Pzp ani przepisy unijne czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia „rażąco niska cena”. (...) W czasie wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje czy składniki ceny, zamawiający nabierze podejrzeń czy przypuszczeń, co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczyna procedurę wyjaśnienia (...). Zatem, charakter ceny rażąco niskiej można przypisać, gdy jest ona niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych”.*

Zamawiający pozytywnie ocenił wyjaśnienia wykonawcy uznając, że wraz z dowodami nie potwierdzają rażąco niskiej ceny oferty. W sposób przejrzysty przedstawił swoje stanowisko w odpowiedzi na odwołanie, potwierdzając przeprowadzoną analizę wyjaśnień i złożonych dowodów.

W ocenie Izby, wyjaśnienia wraz z dowodami przedstawione zamawiającemu w odpowiedzi na zwrócenie się do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień, pozwalały uznać, że wykonawca przedstawił elementy wskazujące oszczędność metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne przyjęte dla realizacji zamówienia, sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy, uwzględnienie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny jest wyższa niż minimalne wynagrodzenia za pracę. Wykonawca „podał na tyle konkretne informacje, że możliwe jest ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.” - wyrok z dnia 25 lutego 2015 r., KIO 178/15, KIO 197/15, KO 198/15. Tym samym wykonawca wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi o kosztach pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę

ustalonego na podstawie przepisów wskazanych w przywołanym artykule (aktualnie jest to kwota 1750 zł miesięcznie). Przepis ten nie może być interpretowany w sposób odmienny niż wynika to z jego treści, w szczególności brak jest podstaw by kwotą minimalnego wynagrodzenia przeliczać na roboczogodziny i na tej podstawie wnioskować, że cena oferty jest rażąco niska, w sytuacji, gdy z wyjaśnień i dowodów wynika uwzględnienie w cenie oferty kosztów pracy w sposób określony w przepisie. Przystępujący wskazał na rozprawie jakie wynagrodzenie otrzymają pracownicy zatrudnieni do wykonania zadania, które w żaden sposób nie uzasadnia nawet przypuszczenia negatywnej oceny kosztów pracy. Nie znajduje też uzasadnienia sugestia o porównywaniu wynagrodzenia wypłacanego w Czechach, skoro ocenianą ofertę złożył wykonawca polski i miejscem realizacji zamówienia będą lokalizacje krajowe. Niezasadne jest stanowisko odwołującego, że przystępujący w sposób nieuprawniony obniżył cenę oferty o 50% w stosunku do oferty z poprzednich postępowań. Wielokrotnie na rozprawie podkreślano, że wykonawca WZU S.A. nie uzyskał w poprzednich postępowaniach zamówienia w związku z ceną wyższą od ceny oferowanej przez odwołującego. Obecnie ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, łącząc swoje potencjały, czego efektem są elementy wskazane w wyjaśnieniach. Nie znajduje uzasadnienia zarzut dotyczący dotacji, na rozprawie wykazano ponad wszelką wątpliwość, że informacja na ten temat znana była przystępującemu w dacie składania oferty i mógł ją zasadnie uwzględnić w toku ustalania ceny oferty. Niezasadny jest zarzut związany z kosztami transportu. Uwagi odwołującego dotyczące trasy transportu w zestawieniu z wyjaśnieniem przystępującego dotyczącym odbioru naprawionego sprzętu, nie znajdują uzasadnienia. Co do zaplanowanego zysku, odwołujący w końcowej ocenie przyznał, że wskazywał niewłaściwą korektę tej pozycji, gdyż w efekcie zysk zostanie osiągnięty. Ponadto, należało uznać za błędne założenie odwołującego wskazujące na konieczność zakupu omawianego na rozprawie zbiornika paliwa, mając na uwadze, że przedmiotem zamówienia, co podkreślili zamawiający i przystępujący jest naprawa. Zasadność zakupu będzie ustalona po dokonaniu przeglądu i uznaniu niezbędności zakupu.

Odwołujący złożył dowody:

- „*Arkusz kalkulacyjny minimalnych kosztów poszczególnych materiałów bezpośrednich (...)*”, zawierający pozycje 1-44, przedstawiający koszt w walucie czeskiej i w PLN oraz „*zał. nr*” wskazujący numery załączników, którymi są od 2 do 53 faktury zakupu materiałów i zapasu magazynowego (cena magazynowania z odpowiednią marżą) - załączniki nie przetłumaczone na język polski, z tego powodu wniosek przystępującego o ich nieuwzględnienie został uznany jako zasadny;
- Informacja z dnia 11 czerwca 2015 r. sporządzona w oparciu o: -raport premium o firmie

Wojskowe Zakłady Uzbrojenia S.A. (sporządzony przez Info Veriti); -formularz ofertowy WZU S.A. oraz -wyjaśnienia z 18 i 19 maja 2015 r. wraz z załącznikami - zatytułowana jako „Uwagi do sposobu kalkulacji ceny zaprezentowanej przez WZU S.A. przy piśmie z dnia 18 maja 2015 r.” - autor Rafał Końca doradca podatkowy;

- stanowisko (opinia-ocena prawidłowości metodyki utworzenia wzorca kalkulacyjnego) opracowane przez AUDITORSKA s.r.o. w Pradze, z tłumaczeniem z języka czeskiego - dokument wskazujący międzyroczny spadek ceny oferty przystępującego w stosunku do lat 2013 i 2014 o ok. 53% i o 40,66% do wartości zamówienia oszacowanego przez zamawiającego.

Należy wskazać, że wykonawca, do którego zwrócił się zamawiający, zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami. Cel, jakiemu służą wyjaśnienia - to ustalenie poziomu ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia mają wskazywać elementy oferty pozwalające na skalkulowanie ceny na przedstawionym poziomie, przykładowo wyliczone w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Zakres pisma zamawiającego - zwrócenie się o udzielenie wyjaśnień - nie zmierzał do żądania przedstawienia analizy firmy wykonawcy w kontekście wymagań zasad rachunkowości i w tym kontekście oferta przystępującego nie może być oceniana w postępowaniu odwoławczym. Również opinia audytorska: -ograniczająca się wyłącznie do wskazania obniżenia w tym roku ceny oferty przystępującego w stosunku do roku ubiegłego, z pominięciem podnoszonych na rozprawie istotnych elementów potwierdzających zmianę okoliczności po stronie przystępującego pozwalających mu na przedstawienie innej oferty, a także -wskazująca obniżenie ceny oferty do poziomu wartości zamówienia przedstawionego przez zamawiającego - nie stanowi podstawy do uznania, że wyjaśnienia wykonawcy potwierdzają rażąco niską cenę oferty, a więc cenę nierealną.

Nie została wypełniona przesłanka z art. 90 ust. 3 Pzp, zobowiązująca zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze brak potwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum WZU na każde z 15 zadań; art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp przez dodatkowe wzywianie tego wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających elementy kalkulacyjne, które miały wpływ na zaoferowaną

cenę - Izba oddaliła odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

W sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2766/14 wykonawca, którego ofertę badano przyznał rażąco niską cenę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zaliczając do kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł z tytułu wpisu uiszczanego przez odwołującego oraz zasądzając na rzecz zamawiającego koszty w kwocie 976,00 zł z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę w Izbie, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący: .....**