

Sygn. akt: 311/17

**Wyrok
z dnia 02 marca 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2017r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor** w postępowaniu prowadzonym przez **Legnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A., ul. Nowodworska 1, 59-220 Legnica**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20.000 (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Legnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna, ul. Nowodworska 1, 59 – 220 LEGNICA, dalej zwane „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego JRP / 353 / P - 7 / 10 / 16 na roboty budowlane; „*Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej na terenie byłej jednostki wojskowej przy al. Rzeczpospolitej w Legnicy*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 01.12.2016 r., pod numerem 423087 — 2016 późn. zm. 455264 — 2016 z dnia 23.12.2016 r.

W dniu 07 lutego 2017 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, oraz o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Usługowo - Produkcyjnego i Handlowego „COM - D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze, ul. Księcia Józefa Poniatowskiego 25, 59 - 400 JAWOR dalej zwanego „Odwołującym” .

W nawiązaniu do powyższej czynności Zamawiającego wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego zarzucił Zamawiającemu, że swoim postępowaniem naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

I.art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.Z.P. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie względem odwołującego w sytuacji gdy przedłożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny natomiast złożone w dniu 20 stycznia 2017 r. wyjaśnienia, fakt ten należy potwierdzać.

II. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.Z.P. ustawy poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców przejawiające się w odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny oferty, albowiem oferta odwołującego została odrzucona jako jedyna mimo, że kwotowo różnica pomiędzy ofertą złożoną przez S K A N S K A S. A., a P U—PiH „CO M -D^f Sp. z o. o. wynosiła zaledwie 4.522,43 zł. natomiast oferta Zakładu Robót Instalacyjnych INSTALBUD Sp. jawna. J. P., L. L., ul. Dorohobycka 1, 59 — 220 LEGNICA zawierała cenę o 14 % niższą aniżeli oferta Odwołującego, jednak odrzucona nie została.

W związku z powyższym wniósł o:

I.uwzględnienie odwołania w całości

II. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego,

III. dokonania czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego,

Ponadto zawniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania a dotyczących:

a) oferty handlowej otrzymanej od Saint - Gobain Sp. z o.o. Hurtownia TADMAR Infrastruktura — Jelenia Góra (ul. Wolności 127, 58 - 500 JELENIA GÓRA) przygotowanej dla Odwołującego z dnia 02 stycznia 2017 r. ważna do dnia 28 lutego 2017 r.

b) oferty handlowej otrzymanej od HYDRO—MARKO Sp. z o. o. Sp. k. (ul. Wojska Polskiego 139, 63 - 200 JAROCIN) przygotowanej dla Odwołującego z dnia 27 grudnia 2016 r. ważna do dnia 28 lutego 2017 r.

c) kosztorys ofertowy przygotowany dla inwestycji realizowanej przez Zamawiającego opracowany przy pomocy programu NORMA PRO.

Wszystko na okoliczność potwierdzenia, iż oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej, natomiast wynika z wieloletniej współpracy z kontrahentami i możliwością uzyskiwania materiałów po znacznie korzystniejszych cenach.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że w treści uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty z dnia 07 lutego 2017 r., Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedłożył dowodów, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Natomiast zdaniem Odwołującego złożył on w piśmie z dnia 20 stycznia 2017 r. wyjaśnienia oraz powołał się na dowody stanowiące o fakcie, że przedstawiona przez niego w ofercie cena nie może zostać uznana za rażąco niską. Odwołujący skalkulował swoją cenę na podstawie wymagań jakie zamawiający zawarł w SIWZ. Z racji ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wymagał, aby oferenci przedstawili szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zadania, wobec czego w odpowiedni sposób Odwołujący skalkulował cenę w oparciu o własne wyliczenia, cenniki zakładowe i oferty handlowe dostawców.

W pierwszej kolejności wyjaśnił, że odległość pomiędzy jego siedzibą (ul. Poniatowskiego 25, 59 — 400 JAWOR), a siedzibą Zamawiającego wynosi ok. 20 kilometrów, co w sposób bezpośredni przekłada się na znaczne obniżenie kosztów związanych z obsługą realizowanej inwestycji (transport sprzętu, pracowników, materiałów etc.) zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż Odwołujący od kilku lat zaopatruje się w paliwa w ilości hurtowej u tego samego dostawcy dzięki czemu posiada znacznie skuteczniejsze możliwości negocjowania cen paliw, a co za tym idzie uzyskuje ceny o wiele niższe aniżeli ceny rynkowe. Podniósł, że nie może ująć uwadze okoliczność, że Odwołujący posiada własną stację paliw na terenie Przedsiębiorstwa, natomiast uzupełnianie zbiorników paliwa w pojazdach odbywa się tylko i

wyłącznie w tym miejscu. Odwołujący również wyjaśnił, iż obecnie mamy do czynienia ze spadkiem cen paliw oraz bitumu do produkcji masy bitumicznej. Podkreślił, że nie należy zapominać, iż Odwołujący od wielu lat posiada ugruntowaną pozycję na rynku, dlatego też w ramach prowadzonej działalności prowadzi negocjacje z podmiotami gospodarczymi z różnych branż co skutkuje uzyskiwaniem cen znacznie niższych od cen rynkowych łącznie z ich zaopatrzeniem. Takie postępowanie producentów potwierdza zdobycie ich pełnego zaufania i jest potwierdzeniem wiarygodności Odwołującego poprzez wywiązywanie się ze zobowiązań umownych oraz renomy jaką posiada na rynku. Odwołujący od lat utrzymuje stałą współpracę z firmami dostarczającymi materiały konieczne do realizacji zadań (uzyskane znaczne opusty do cen cennikowych materiałów, oraz znaczne wydłużenie terminów płatności skutkują obniżeniem kosztów finansowych pozwalającym obniżyć znacznie ceny oferowane Zamawiającym).

W dalszej części wyjaśnień Odwołujący wskazał - w oparciu o wieloletnie doświadczenie - że pozycje kosztorysowe w tabelach KNR są w wielu przypadkach przewymiarowane i nie uwzględniają nowych generacji sprzętu pozwalających zmniejszyć nakłady czasowe na wykonanie operacji niezbędnej dla wykonania zadania, Wobec powyższego skorygowano w wycenie ich udział do rzeczywiście przewidywanych nakładów. Nadmieniał również, iż ceny pracy sprzętu są cenami z cennika zakładowego z poziomu cenowego z IV kwartału 2016 roku i wskazał, iż ceny te stosowane były przy wycenie przetargów ubiegłorocznych i tegorocznych. Wobec powyższego ceny sprzętu są już skorygowane do cen zakładowych, a będący w dyspozycji Odwołującego sprzęt, który stanowi jego własność w znacznej części jest już zamortyzowany i w cenie jednostkowej jego pracy uwzględniono przewidywane koszty utrzymania stanu sprawności technicznej. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, iż Odwołujący posiada nie tylko własny park maszynowy ale także własny warsztat. Zatrudnia inżynierów oraz mechaników.

Reasumując stwierdził, iż Odwołujący w sposób nie budzący wątpliwości udowodnił, że na ostateczną cenę wpływ miało szereg czynników jak chociażby niższe od rynkowych ceny materiałów, zamortyzowany sprzęt, oraz własna wytwórnia mas bitumicznych (otaczarnia asfaltu) i stacja paliw.

W zakresie zarzutu nierównego traktowania wykonawców podał, że podkreślić należy iż w toku postępowania Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców przejawiające się w odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny oferty albowiem oferta Odwołującego została odrzucona jako jedyna mimo, że kwotowo różnica pomiędzy ofertą złożoną przez S KAN S K A S. A., P U—P i H „C O M - D” Sp. z o.o. wynosiła zaledwie

4.522,43 zł. Co więcej postępowanie Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania było niekonsekwentne i zupełnie niezrozumiałe albowiem w zawiadomieniu z dnia 07 lutego 2017 r, Zamawiający uznał że oferta odwołującego — Przedsiębiorstwa Usługowo ~ Produkcyjnego i Handlowego „COM - D” Sp. z o.o. (ul. Poniatowskiego 25, 59 — 400 JAWOR) winna zostać odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny podczas gdy oferta Zakładu Robót Instalacyjnych INSTALBUD Sp. jawna. J. P., L. L., ul. Dorohobycka 1, 59 - 220 LEGNICA zawierała cenę o 14 % (!) niższą aniżeli oferta odwołującego jednak znamienym jest fakt, że oferta Zakładu Robót Instalacyjnych INSTALBUD Sp. jawna. J. P., L. L., ul. Dorohobycka 1, 59 — 220 LEGNICA nie została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny. Natomiast Zamawiający dokonał odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych dla dokonania tej czynności. Zamawiający dokonał błędnych ustaleń, które skutkowały zupełnie dowolnym uznaniem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w sytuacji gdy prawidłowa analiza dokumentów znajdujących się w aktach niniejszego postępowania jednoznacznie wskazuje, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie odbiegała od cen zaoferowanych przez chociażby S K A N S K A S. A. bądź Zakład Robót Instalacyjnych INSTALBUD.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, że wystąpił do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny ofertowej w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp, celem umożliwienia mu zbadania czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący pismem z dnia z dnia 20 stycznia 2017r. złożył wyjaśnienie. Zamawiający wraz z wezwaniem skierowanym do Odwołującego wystąpił także o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny do wykonawców Zakładu Robót Instalacyjnych INSTALBUD Sp. Jawna J. P., L. L., z Legnicy oraz Skanska S.A. z Warszawy.

Stwierdził, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 20 stycznia 2017 r zamiast rzeczywistych wyjaśnień zawarł polemikę nt. pojęcia „rażąco niskiej ceny” w zamówieniach publicznych. Wskazał na bliskość jego siedziby od Legnicy i oświadczył, że zaoferowana w ofercie cena nie jest w żadnym wypadku ceną rażąco niską. Brak przedłożenia konkretnych wyliczeń i dowodów na potwierdzenia, rzetelności i wyliczenia wysokości zaoferowanej ceny uniemożliwiło Zamawiającemu dokonania weryfikacji wyjaśnień i przyjęcia ich za wystarczające do uznania, że wykonawca ten- Odwołujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny.

Według Zamawiającego obowiązkiem wezwanego wykonawcy w trybie art.90 ust. 1 Pzp jest złożenie wyjaśnień precyzyjnych należycie umotywowanych rozpraszających wątpliwości Zamawiającego. Ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa zgodnie z art.90 ust. 2 ustawy Pzp na Wykonawcy - Odwołującym i jego obciąża ryzyko

niezachowania wystarczającej staranności w udzieleniu odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Przywołał orzecznictwo KIO, że złożenie wyjaśnień lakonicznych zbyt ogólnikowych nie popartych dowodami uniemożliwia ich zweryfikowanie i ustalenie, że kalkulacja ceny jest rzetelna (wyrok KIO 2031/12) i powoduje uznanie iż zaofferowana cena jest rażąco niską.

Przed ostateczną oceną otrzymanych wyjaśnień, Zamawiający zwrócił się do eksperta o ich weryfikację i opinię w tym przedmiocie. Z zaprezentowanego przez Inżyniera Kontraktu stanowiska wynikało jednoznacznie, że *„Wykonawca nie przedłożył dowodów, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a zatem brak jest jednoznacznych dowodów, że cena nie jest rażąco niska”*.

Dokonane przez Zamawiającego sprawdzenie złożonych wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez Wykonawców INSTALBUD Sp. Jawna J. P., L. L. z Legnicy oraz Skanska S.A. z Warszawy pozwoliły na uznanie, że zaofferowana przez nich cena nie jest rażąco niska. Natomiast wyjaśnienia Odwołującego bez przedstawienia dowodów nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaofferowanej ceny, zatem cena oferty pozostaje rażąco niską, co uzasadnia odrzucenie ofert zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jedynie Odwołujący nie przedłożył dowodów na potwierdzenie zawartych w swoich wyjaśnieniach czym uniemożliwił Zamawiającemu dokonania weryfikacji i oceny. Przedstawienie przez Odwołującego ogólnikowych wyjaśnień bez podania konkretnych wyliczeń i kalkulacji zaofferowanej ceny nie dał podstaw Zamawiającemu do występowania o dodatkowe wyjaśnienia.

Również jest nie zasadny zarzut Odwołującego jakoby Zamawiający naruszył art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji przejawiające się w dorzuceniu tylko oferty Odwołującego. Zamawiający wszechstronnie i z należytą starannością przeprowadził ocenę wyjaśnień Wykonawców co do rażąco niskiej ceny zachowując zasadę wynikającą z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Oferta Odwołującego została odrzucona jako jedyna ze względu na nie przedstawienie dowodów, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska, zatem porównywanie cen pozostałych ofert z ofertą odrzuconą jest bezprzedmiotowe i nie może stanowić uzasadnienia, że odrzucone oferty jest naruszeniem zasady równego traktowania oferentów.

Przystępujący do postępowania wykonawca po stronie Zamawiającego Skanska S.A ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, poparł stanowisko i argumentację Zamawiającego o zasadności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu nie złożenia wyjaśnień mogących potwierdzić iż zaofferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje,

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Osią sporu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym był zarzut, czy oferta złożona przez Odwołującego była z ceną rażąco niską. Podkreślenia wymaga, co potwierdzał Zamawiający, iż wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dlatego, że cena ta odbiegała znacznie poniżej 30 % od wartości oszacowania przedmiotu zamówienia.

Przed oceną zasadności podniesionego w odwołaniu zarzutu wskazać należy iż wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawca, ma w zasadzie tylko jedną możliwość - złożyć pełne i wyczerpujące oraz udokumentowane wyjaśnienia. Możliwość kwestionowania samego wezwania w oparciu przepis art. 90 ust.1a pkt 1 wydaje się raczej teoretyczna. Ze znowelizowanego ww. przepisu wynika, że Zamawiający pomimo wypełnienia przesłanek do wezwania wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny nie musi tego czynić, gdy rozbieżności pomiędzy ceną oferty, a wartością oszacowania wynika z okoliczności oczywistych.

Dlatego też wezwany wykonawca jest zobowiązany złożyć szczegółowe wyjaśnienia składające się z prostego matematycznego sumowania kosztów (opartego na dowodach np. w postaci ofert cenowych) wskazującego, że dodane wszelkie koszty rodzajowe, niezbędne do poniesienia, aby wykonać zamówienie, nie osiągną wyższego pułapu niż wskazana w ofercie cena.

Wskazywanie w wyjaśnieniach na relacje poszczególnych cen ofertowych, czy to do wartości oszacowania przedmiotu zamówienia, czy też średniej ceny arytmetycznej wszystkich złożonych ofert jest informacją zupełnie nieprzydatną dla wyjaśnienia czy cena oferty nie jest rażąco niską, gdyż Zamawiający kierując wezwaniem do wykonawcy te wszystkie informacje już posiada. Oceniając informacje składane przez wykonawców w ramach wyjaśnienia poprawności skalkulowania ceny ofertowej Izba wielokrotnie w orzeczeniach wskazywała na pewną nieprawidłową regułę zachowań wykonawców, polegającą na tym, iż wezwani wykonawcy nie przywiązują większej wagi do tego czy udzielane Zamawiającemu wyjaśnienia są pełne i zamykają w pewien logiczny ciąg sposób i realność skalkulowanej

ceny. Wykonawcy nie zawsze zdają sobie sprawę, jak poważne jest wezwanie dotyczące wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę. W praktyce często traktują je na równi np. z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów składanych wraz z ofertą. Jest to błędne podejście, ponieważ wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę ustanawia domniemanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę (a więc że podlega odrzuceniu). Niestety częstym zjawiskiem jest przesyłanie zamawiającemu wyjaśnienia po to, aby wypełnić obowiązek wynikający z wezwania. Natomiast dopiero kiedy Zamawiający nie uzna przesłanych wyjaśnień za wystarczające dla obalenia wystąpienia przesłanki rażąco niskiej ceny i ofertę odrzuci, to wtedy wykonawcy kompletują różnego rodzaju dowody, które przesyłają wraz z odwołaniem do KIO mające wskazywać na rynkowość ceny ofertowej. Jest to działanie błędne, gdyż przesłane po upływie terminu wskazanego w wezwaniu wyjaśnienia, nie mogą mieć ono żadnego znaczenia dowodowego. Otóż podstawą oceny zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane Zamawiającemu na termin wskazany w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej, a Izba bada prawidłowość tej czynności Zamawiającego w świetle uzyskanych wyjaśnień. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09 stwierdzić należy, że *składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sad Okręgowy. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO.*

Za wyrokami KIO o sygn. KIO 2604/10 i KIO 1515/11; należy podkreślić także, że *rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.*

Postępowanie wyjaśniające mające na celu wykazanie, iż zaoferowana cena ma charakter rynkowy i nie jest rażąco niska, zgodnie z art. 90 ust.2 Pzp obciąża wezwanego wykonawcę. Ponadto podkreślić należy, iż fakt wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny obliguje Zamawiającego do przeprowadzenia całości procedury wyjaśniającej, niezależnie od tego czy Zamawiający miał wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania ceny, czy też wezwanie w tym zakresie było dla Zamawiającego obligatoryjne.

Zdaniem Izby również fakt, iż oferta jednego z wykonawców była z ceną niższą niż oferta Odwołującego, a mimo tego nie została odrzucona nie przesądza o tym, że oferta droższa jest ofertą z ceną dla danego wykonawcy rynkową, tj. taką która pokryje koszty tego wykonawcy, poniesione na wykonanie zamówienia. To rolą i obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest udowodnienie Zamawiającemu za pomocą wyjaśnień i złożonych potwierdzających je dowodów, że zaoferowana cena nie jest niższa niż koszty, które wykonawca poniesie na wykonanie zamówienia. Tak więc ocenę czy zaoferowana ceną jest rażąco niska należy odnosić nie do cen innych ofert, ale do kosztów które dany wykonawca musi ponieść, aby zamówienie wykonać. Dlatego też tak ważne jest wykazanie w oparciu o dowody, iż suma wszystkich wskazanych kosztów zamknie się w cenie ofertowej. Jeśli wezwany wykonawca tego nie wykaże, to jego obciąża ryzyko niezachowania wystarczającej staranności w udzieleniu odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, a skutkiem tego jest zazwyczaj odrzucenie jego oferty, gdyż nie obalił domniemania w tym zakresie.

Izba poddając analizie złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdza, że wyjaśnienia uzyskane od Odwołującego składały się wyłącznie z wyjaśnień bez wskazania jakiegokolwiek dowodu mającego potwierdzać prezentowane zawarte w wyjaśnieniach stanowisko. Wskazywał na niewłaściwe kosztorysowanie robót, na korzystne upusty które posiada u dostawców towaru, wskazywał na fakt posiadania wytwórni mas bitumicznych, stacji paliw, jednakże w żaden sposób nie wykazał w jaki w jakim zakresie ma to przełożenie na cenę kosztorysową.

Wyjaśnienia nie zawierały cen jednostkowych czy cen wchodzących w skład kosztów rodzajowych, nie wykazywały co było podstawą takiego skalkulowania ceny oferty przez Odwołującego. Odwołujący zarówno w treści odwołania jak i na rozprawie wskazywał, że wezwanie Zamawiającego było ogólne i jeśli udzielone wyjaśnienia Odwołującego nie dawały Zamawiającemu przekonania, że cena jest prawidłowa, to winien był dopytać wykonawcę w tym zakresie wskazując konkretne pozycje cenowe wymagające szczegółowego omówienia. Izba odnosząc się do powyższej kwestii zgadza się po części ze stanowiskiem Odwołującego, że wezwanie było zbyt ogólne. Kwestie których Zamawiający może domagać się w wyjaśnieniach od wykonawcy w ramach wyjaśniania prawidłowości zostały przykładowo wskazane w przepisie art. 90 ust.1 pkt 1-5, jednakże niewątpliwie są one wymienione hasłowo i winny być rozbudowane celem powiązania treści wezwania z treścią oferty której dotyczą. Brak szczegółowości wezwania nie może być jednak podstawą do przyjęcia stanowiska, iż wezwanie oparte tylko o treści wskazane w ww. przepisie powodują brak skuteczności wezwania.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający winien był wezwać go do złożenia dodatkowych wyjaśnień to zdaniem Izby taka konieczność występuje, gdy złożone

wyjaśnienia nie są na tyle precyzyjne, iż rozstrzygają definitywnie o zasadności przyjętych w wyjaśnieniach wyliczeniach cen i kosztów. Biorąc pod uwagę przedmiotowe wyjaśnienia Odwołującego to zgodzić należy się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wyjaśnienia były tak ogólne, że należałoby mieć na względzie nie ich uszczegóławianie, ale ponowienie ponownego wezwania o złożenie wyjaśnień. Ponadto żadna z zasygnalizowanych w wyjaśnieniach okoliczności nie została poparta przez Odwołującego jakichkolwiek dowodami. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów, a zostały one załączone w pewnym zakresie dopiero do odwołania, co należy uznać jednoznacznie za spóźnione i jako takie nie podlegały ocenie Izby.

W tym zakresie Przystępujący zwrócił także uwagę na kwestie, że nawet załączona do odwołania jako dowód, oferta firmy TADMAR z której miałyby wynikać możliwości nabycia po atrakcyjnej cenie rur nie wskazuje na korzystną sytuację Odwołującego, gdyż ceny rur z oferty Tadmar są wyższe niż te wskazane w ofercie Odwołującego. Nadto podobną sytuację można odnieść do stawki roboczogodziny, gdzie wykonawca oferuje za roboczogodzinę 11 zł a wiadomym jest, że stawka ta od stycznia 2017 nie może być niższa niż 13 zł.

W zakresie zarzutu odwołania co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust.1 Pzp Izba stwierdza iż zasadność tego zarzutu nie została wykazana, gdyż Odwołujący nie przedstawił dowodów, czy chociażby okoliczności w których Zamawiający miałby ten przepis naruszyć. Wskazanie różnic cenowych pomiędzy ofertami i twierdzenie o nieprawidłowości oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie mogą być wystarczającą podstawą do uznania, iż Zamawiający w sposób nierówny oceniał oferty, czy też faworyzował któregoś z wykonawców, a to jest istotą naruszenia zasady z art. 7 ust.1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności czynność odrzucenia oferty Odwołującego Izba ocenia za zasadną. Oferta Odwołującego została odrzucona ze względu na przedstawienie ogólnikowych wyjaśnień i nieprzedłożenia dowodów mających potwierdzać prawidłowość wyliczenia ceny ofertowej.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 1b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący