

WYROK
z dnia 4 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: **1) H. sp. z o.o., M. (...), 2) I. L. I. –L. sp. z o.o., ul. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o., ul. (...)

przy udziale wykonawcy: **I. R. S.A., ul. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: 1) H. sp. z o.o., (...), 2) I. L. I. –L. sp. z o.o., ul. (...), i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: 1) H. sp. z o.o., (...), 2) I. L. I. –L. sp. z o.o., ul. (...), tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: 1) H. sp. z o.o., (...), 2) I. L. I. –L. sp. z o.o., ul. (...) na rzecz zamawiającego: P. W. i K. sp. z o.o., ul. (...) kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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 Przemyślu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2401/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w P. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn.: Budowa kanalizacji w ul. J., ul. T., ul. Z., ul. K., ul. R., ul. B. w P.”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”; znak sprawy: 33/2017/NI.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21.09.2017 r. pod numerem 591258-N-2017.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: 1) H. sp. z o.o. z siedzibą w M., 2) I. L. I.-L. sp. z o.o. z siedzibą w Ż. – wniósł na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 4, art. 180 ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2) wyborze oferty I. R. S.A. z siedzibą w R. jako najkorzystniejszej,
- 3) zaniechaniu czynności wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

1. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie wymienionych niżej przepisów Pzp przez czynności:

- a) art. 92 ust. 1 pkt 2 - przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- b) art. 89 ust. 1 pkt 4 - nieuzasadnione przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę;
- c) art. 90 ust. 1 - błędną wykładnię i uznanie, że cena budowy wewnętrznej instalacji policznikowej elektrycznej (kable zasilające o rozdzielnice RPG, instalacja fotowoltaiczna), stanowi istotną część ceny w stosunku do całkowitej wartości przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy wartość tego zakresu robót stanowi zaledwie 4,07% wartości całego zamówienia;
- d) art. 90 ust. 3 - nieuzasadnione przyjęcie, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie wyjaśniają w sposób wystarczający, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;

e) art. 7 ust. 1 - ocenianie ceny oferowanej w sposób nieodpowiadający rodzajowi ceny przewidzianemu za wykonanie przedmiotu zamówienia i w sposób mniej korzystny niż cen oferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

2. Zaniechaniu czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, odwołujący zarzucił:

a) naruszenie art. 91 ust. 1 - zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej mimo tego, że zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a nie powinna zostać odrzucona.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty I. R. S.A., jako najkorzystniejszej,
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego,
- 4) wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

2. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i:

- 1) zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na które składają się koszty poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz koszty zastępstwa procesowego wykonywanego przez radcę prawnego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedłożona na rozprawie oraz koszty dojazdu na rozprawę odwołującego i pełnomocnika wg. spisu kosztów przedłożonych na rozprawie.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. Przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczność, czy wskazywana w ofercie złożonej przez odwołującego cena 2 081 094,39 zł brutto jest ceną rynkową za wykonanie zamówienia objętego przetargiem wskazanym w odwołaniu.

Uzasadnienie odwołania

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, rzekomo, jako zawierającą rażąco niską cenę. W konsekwencji, oferta odwołującego, pomimo tego, że jest najkorzystniejsza, nie została wybrana. W efekcie, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie możliwości realizacji zamówienia i utracie możliwości osiągnięcia wynikających z tego korzyści oraz zysków.

Oferty złożyły następujące podmioty: I. R. S.A.; konsorcjum firm „H. ” P. S.; Przedsiębiorstwo P. -B. B. D. S. oraz odwołujący.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 listopada 2017 r. wskazał, że odrzucił ofertę odwołującego, a jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy – I. R. S.A.

W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że w dniu 17.10.2017 r. wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ustalenia, czy istotne części składowe oferty (Działu 7 kosztorysu ofertowego) zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wątpliwości zamawiającego wzbudził oferowany poziom cen budowy wewnętrznej instalacji policznikowej elektrycznej (kable zasilające i rozdzielnice RPG, instalacja fotowoltaiczna) - wg oferty 31 834,89 zł netto. Zamawiający podkreślił, że w porównaniu do dwóch innych złożonych w postępowaniu ofert cena zaoferowana przez odwołującego we wskazanym dziale 7 również odbiega znacznie od pozostałych ofert. Odwołujący złożył we wskazanym terminie stosowne wyjaśnienia. Odwołujący wskazał, że zaoferowana cena Działu 7 wynikająca ze składowych poszczególnych pozycji kosztorysowych tego działu, stanowi realne koszty jakie planuje ponieść w celu wykonania tej części zamówienia. Zaoferowane ceny przedstawione przez odwołującego są zgodne z obowiązującymi stawkami na rynku budowlanym i zostały wyliczone w oparciu o pozyskane przez odwołującego oferty dostawców oraz producentów materiałów.

Wskazana składowa cena stanowi jedynie minimalny zakres całej ceny inwestycji i tym samym nie może dyskwalifikować całej ceny za zamówienie. Wskazana kwota Działu 7 została wyliczona w oparciu o przedstawioną ofertę firmy S. zajmującej się realizacją zadań związanych z pozyskiwaniem energii odnawialnej (w tym przypadku - zasilania przepompowni energią pozyskaną z paneli fotowoltaicznych). Odwołujący podkreślił w wyjaśnieniach - do czego nie odniósł się zamawiający - że Dział 7 stanowi zaledwie 1% całkowitych kosztów realizacji inwestycji przewidzianych w ofercie.

Odwołujący podkreślił, że kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosi 2 460 000,00 zł.

Ze złożonych ofert wynikają ceny:

- Inżynieria Rzeszów S.A. 2 341 920,00 zł,
- konsorcjum firm „H.” P. S., Przedsiębiorstwo P. -B. B. D. S. 2 767 017,06 zł,
- odwołujący 2 081 094,39 zł.

Dowód: 1) złożone w przetargu oferty - w aktach postępowania przetargowego

Odrzucenie oferty odwołującego, która powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, dokonane zostało z naruszeniem obowiązujących przepisów.

Odwołujący wskazał, że wymienione zarzuty z uwagi na ich nierozzerwalny związek merytoryczny zostały omówione niżej łącznie.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, że odwołujący nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego i dokonaniu wyboru oferty wykonawcy I. R. S.A., pomimo wykazania przez odwołującego w wyjaśnieniach, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Różnica pomiędzy ceną oferty odwołującego (2 081 094,39 zł brutto), a ustaloną wartością zamówienia (2 460 000,00 zł brutto), która jednocześnie stanowi kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, wynosi zaledwie 15,4%.

Cena oferty odwołującego stanowi 84,6% wartości zamówienia. Ponadto, różnica pomiędzy średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych, a ceną oferty odwołującego wynosi 10,6%. To oznacza, że cena oferty odwołującego nie różni się o ponad 30% ani od wartości zamówienia, ani też od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. Przede wszystkim jednak zamawiający błędnie uznał, że cena budowy wewnętrznej instalacji policznikowej elektrycznej (kable zasilające o rozdzielnicę RPG, instalacja fotowoltaiczna), stanowi istotną część ceny w stosunku do całkowitej wartości przedmiotu zamówienia, bowiem wartość tego zakresu robót stanowi zaledwie 4,07% wartości całego zamówienia. W konsekwencji nie można, zdaniem odwołującego przyjąć, że w stosunku do jego oferty wystąpiły obligatoryjne przesłanki badania ceny oferty określone w art. 90 ust. 1 Pzp. Weryfikacja, czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie oferuje ceny rażąco niskiej (a w konsekwencji odrzucenie oferty w przypadku zaoferowania ceny rażąco niskiej), mimo że jest uprawnieniem zamawiającego, to jednak wymaga dla jej przeprowadzenia występowania konkretnych i racjonalnych przesłanek uzasadniających przypuszczenie zamawiającego, że w ofercie zaproponowano cenę rażąco niską.

Zgodnie ze stanowiskiem J. P.: *„Na tej podstawie ukształtowało się jednolite orzecznictwo, które wypracowało stanowisko, że punktem wyjścia do rozważań o rażąco niskiej cenie może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia (zob. np. wyr. KIO z 12.8.2009 r., KIO/UZP 963/09, Legalis). Zatem, nie było możliwe odrzucenie oferty na podstawie rażąco niskiej ceny lub kosztu w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, czy niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym, jeżeli całkowita cena lub koszt oferty nie odbiegały znacząco od wartości zamówienia, cen innych ofert i - ogólnie rzecz ujmując - od cen rynkowych.”* Tezę tę podtrzymało też piśmiennictwo - S. Babiaryz twierdzi, że: *”nawet, gdy kalkulacja jednostkowych elementów lub określonej części oferty odbiega od cen rynkowych, nie świadczy to o rażąco niskiej cenie całej oferty”* (Babiaryz, Komentarz, 2013). Z kolei W. Dzierżanowski wskazuje, przywołując przy tym orzeczenia zespołu arbitrów, KIO i S.O., że nie może być powodem odrzucenia oferty *”zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za*

inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę” (Dzierżanowski i in., Prawo zamówień).” (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych - komentarz wyd. 2017 Legalis).

W przedmiotowej sprawie sugestie Zamawiającego, co do zastosowania ceny rażąco niskiej opierały się w istocie od samego początku na jego subiektywnych i ogólnikowych twierdzeniach, które na etapie postępowania wyjaśniającego nie miały żadnego przełożenia na konkretne wątpliwości względem całościowej ceny zaproponowanej przez odwołującego. „Wątpliwości” zamawiającego dotyczyły wyłącznie poziomu cen budowy wewnętrznej instalacji policznikowej elektrycznej (kable zasilające i rozdzielnice RPG, instalacja fotowoltaiczna). Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości dotyczących pozostałych elementów ceny oferowanej przez odwołującego. To dodatkowo potwierdza, że „wątpliwości” zamawiającego wynikały nie tyle z realnej oceny ceny oferowanej przez odwołującego, co z „cząstkowego” działania samego zamawiającego nakierowanego na wybór innej oferty.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przeważa pogląd, że *pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do całego przedmiotu zamówienia, a nie w stosunku do jego poszczególnych elementów* (wyrok z dnia 12 stycznia 2009 r., sygn. KIO/UZP 1594/09). *Nie jest dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania jednego elementu składającego się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że znaczenie podważanego elementu cenotwórczego jest tak duże, że jego zniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty* (wyrok z dnia 2 października 2014 r., sygn. KIO 1909/14). *Powodem odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę nie może być samo zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej, jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego* (wyrok z dnia 18 września 2015 r., sygn. KIO 1889/15).

Rażącą różnicę należy więc odnosić do całego przedmiotu zamówienia, a nie poszczególnych jego elementów. Istotą wykazania, że dana cena ofertowa jest rażąco niska, jest więc odniesienie jej warunków działania i specyfiki konkretnego wykonawcy, czego zamawiający w tym stanie faktycznym nie uczynił. Konieczne jest wykazanie, że dany wykonawca, działający w konkretnych warunkach nie jest w stanie za określoną cenę wykonać w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia. Zarzucając rażąco niską cenę, nie można abstrahować od indywidualnych okoliczności i warunków, w których działa dany wykonawca, albo arbitralnie przyjmować, że każdy wykonawca ponosi identyczne koszty działalności w danej branży. Skoro przedmiotem Zamówienia w „głównej mierze” są roboty kanalizacyjne i „peryferyjne” zamówienie dotyczy robót elektrycznych z nimi związanych -

nie można zarzucać wykonawcy, który posługuje się takimi a nie innymi podwykonawcami w zakresie robót elektrycznych, że zaniżył ich wycenę. To po stronie wykonawcy, który w głównej mierze zajmuje się robotami kanalizacyjnymi leży ryzyko prowadzenia działalności w tym zakresie i fakt uzyskania takich a nie innych stawek podwykonawców może wynikać z wzajemnej współpracy stron. Nie ma żadnej wątpliwości, że zakwestionowana wycena robót elektrycznych miała charakter „peryferyjny” w stosunku do całego zamówienia. Konkurowanie ceną stanowi podstawowy aspekt konkurencji, zatem wykonawcy dokładają starań, aby pozyskać jak najlepsze warunki działalności umożliwiające obniżenie ceny. Kluczem jest zatem indywidualne podejście do każdego przypadku i każdego wykonawcy oraz przeanalizowanie oferty i wykazanie, że w warunkach dostępnych danemu przedsiębiorcy nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za określoną cenę (wyrok Izby z dnia 16 sierpnia 2016 r., sygn. KIO 1432/16).

W postępowaniu, które dotyczy zamówienia na roboty budowlane, czyli osiągnięcia określonego z góry rezultatu, nawet skalkulowanie pewnych pozycji na niższym poziomie niż przyjęty jako wzorcowy punkt odniesienia nie ma znaczenia, skoro w odniesieniu do całej ceny oferty nie można powiedzieć, że wydaje się rażąco niska w stosunku do przedsięwzięcia budowlanego, które ma za nią zostać zrealizowane. Nie można skupiać się wyłącznie na wybranych pozycjach, które mają wpływ na zniżenie ceny oferty, jednocześnie nie wskazując, że nierealne jest zrealizowanie całości przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w danej ofercie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2016 r. sygn. KIO 726/16).

Odwołujący podkreślił, że strategia kalkulacji ceny jest uprawnieniem wykonawcy składającego ofertę i tylko ten wykonawca ma wyłącznie decydujące zdanie w kwestii ustalania tej strategii. W tej sprawie wielokrotnie wypowiedała się również KIO, wskazując m.in., że „*W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym z elementów cen*” (tak KIO w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. akt KIO 1068/13). Dodatkowo „*wykonawca nie musi ustalać cen jednostkowych w taki sposób, aby zapewnić rentowność wykonania każdego elementu robót*” (tak KIO w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2031/12). Powyższe oznacza w praktyce, że zamawiający musi brać pod uwagę swobodę kształtowania poszczególnych elementów ceny przez wykonawców. W tym postępowaniu z analizy złożonych ofert wynika, że wszyscy wykonawcy swobodnie kształtowali ceny budowy wewnętrznej instalacji licznikowej elektrycznej (kable zasilające i rozdzielnice RPG, instalacja fotowoltaiczna). Polityka kształtowania wartości poszczególnych elementów robót jest różna w odniesieniu do poszczególnych wykonawców. Oferta złożona przez zamawiającego w zakresie części składowej dotyczącej budowy

wewnętrznej instalacji policznikowej elektrycznej mieściła się w zakresie ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia. Zwrócił uwagę, że w tym elemencie oferta Odwołującego jest zbieżna z ofertą złożoną przez konsorcjum firm H. P. S., P. B. D. S.. Natomiast oferta uznana za najkorzystniejszą w zakresie tej części robót przewyższała wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego wartość szacunkową.

Ze złożonych ofert wynika, że cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie odwołującego nie odbiega w sposób znaczący od całości wartości zamówienia jak i od cen zaproponowanych w pozostałych ofertach. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 marca 2009 r., sygn. KIO/UZP 185/09 wskazała, że *o rażąco niskiej cenie możemy mówić wtedy, gdy nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Ponadto rażąco niska cena na niewielki zakres czynności technologicznych wykonawcy nie może być brana pod uwagę jako przesłanka do odrzucenia oferty, jeżeli zachodzi jednocześnie inna przesłanka - cena oferty nie odbiega rażąco od cen rynkowych i od ogólnej kwoty, jaką zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia i jaką przedstawił przed otwarciem ofert* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2007 r., sygn. KIO/UZP 1453/07).

Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego uznał wskazaną przez odwołującego kwotę za rażąco niską. Porównał ją jedynie do częściowych cen wskazanych przez pozostałych oferentów, a nie do faktycznych cen rynkowych za ten zakres robót. W istocie również cena ta zawiera się w wartości tej części robót. Zamawiający nie wskazał też na jakiej podstawie wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę miałyby być w jego ocenie niemożliwe. Odwołujący podkreślił, że cena jego oferty na budowę wewnętrznej instalacji policznikowej elektrycznej (Kable zasilające i rozdzielnice RPG, instalacja fotowoltaiczna), jest ceną realistyczną i adekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot tych robót.

Dowód: 1) Opinia biegłego na okoliczność czy wskazywana w ofercie złożonej przez odwołującego cena 2 081 094,39 zł brutto jest ceną rynkową za wykonanie zamówienia objętego przetargiem wskazanym w odwołaniu.

Zamawiający w istocie nie przedstawił w sposób jasny i klarowny uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający wskazał, co prawda

przepisy, na podstawie których odrzucił ofertę, jednak uzasadnienie faktyczne odrzucenia ogranicza się w zasadzie do wskazania, że wyjaśnienia mają charakter lakoniczny, a stopień ogólności podanych informacji nie może stanowić wyjaśnień. Zamawiający w żaden sposób nie wskazuje m.in. tego, z jakich konkretnie względów wyjaśnienia odwołującego dot. wysokości zaoferowanej ceny uznaje za niewystarczające i w jakim czynie to zakresie, a dodatkowo dlaczego konkretne wyjaśnienia i przedłożone przez odwołującego dokumenty (w tym m.in. oferty potencjalnego podwykonawcy) uznaje za niewystarczające. Tym bardziej, że we wskazanej ofercie podane zostały opisy jednostkowych pozycji kosztorysowych. Zdaniem odwołującego, do wyjaśnień i dokumentów przedstawionych przez odwołującego, zamawiający odnosi się w sposób wybiórczy i ogólnikowy, a nie kompleksowy i szczegółowy. Powyższe oznacza to, że zamawiający, dokonując odrzucenia oferty odwołującego, nie dokonał nawet prawidłowego zastawienia stanu faktycznego z obowiązującymi przepisami. Uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty powinno być jasne i klarowne i jako takie nie powinno prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych, co do motywów kierujących zamawiającym. Wykonawca, którego oferta jest odrzucana, nie może domyślać się przyczyn takiego rozstrzygnięcia. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1429/15, KIO 1117/15 KIO, KIO 908/14): *„Niewypełnienie w sposób prawidłowy tego obowiązku przez zamawiającego skutkuje naruszeniem powyższych zasad. Niewątpliwie, na podstawie uzasadnienia wykluczenia bądź odrzucenia oferty wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie we wnoszonym odwołaniu. Dlatego tak istotne jest, aby zamawiający przedstawił precyzyjnie ocenę złożonych przez wykonawcę dokumentów, (pomimo że wskazany fragment uzasadnienia odnosi się do wykluczenia, to zasługuje na odniesienie także wprost do odrzucenia oferty wykonawcy)”. Odniesienie powyższego do okoliczności sprawy prowadzi do wniosku, że podane przez zamawiającego uzasadnienie skarżonej odwołaniem czynności odrzucenia oferty nie spełnia wymogów wynikających z obowiązujących przepisów.*

W konsekwencji powyższych uchybień w istotnej części może się, co najwyżej domyślać motywów działania zamawiającego. To zaś oznacza, że doszło do naruszenia przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 8 ust. 1 Pzp w sposób wskazany w zarzutach.

Odwołujący złożył prawidłową ofertę pod względem formalnym oraz, spełniającą wymagania stawiane przez zamawiającego i zabezpieczoną wadium, to w takiej sytuacji oferta odwołującego powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza. Zaniechanie wyboru oferty odwołującego stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp. W konsekwencji wskazanych zaniechań, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w sposób wskazany w zarzutach odwołania.

Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazanie wybrania oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Odwołujący w dobrej wierze udzielił zamawiającemu odpowiedzi i wyjaśnień na jego wezwanie o dotyczące wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny częściowej mimo posiadania, co do tego wezwania i postępowania zamawiającego, licznych zastrzeżeń. Odwołujący przedstawiał przy tym zamawiającemu możliwe do przedstawienia informacje i dokumenty. Wskazane wyjaśnienia, informacje i dokumenty są w pełni wystarczające do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości zamawiającego dotyczących ceny zaoferowanej przez odwołującego.

Podsumowując, odwołujący wskazał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn:

- 1) różnica pomiędzy zaproponowaną przez odwołującego ceną w wysokości 2 081 094,39 zł brutto, a ustaloną wartością zamówienia (2 460 000,00 zł brutto), która jednocześnie stanowi kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, wynosi zaledwie 15,4%,
- 2) różnica pomiędzy średnią arytmetyczną wybranej oferty I. R. S.A., a ceną oferty odwołującego wynosi 10,6%,
- 3) zakwestionowana cena częściowa - dotyczy robót „peryferyjnych” elektrycznych w stosunku do głównego zakresu zamówienia - wykonania robót kanalizacyjnych - wskazane cena częściowa stanowi zaledwie 4,07% wartości całego zamówienia,
- 4) w świetle jednolitego stanowiska doktryny i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, rażąco niska cena powinna być badana przez pryzmat ceny całkowitej zamówienia, a nie poszczególne ceny jednostkowe czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł jak w *petitum* pisma.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie pisma

Odwołujący w pkt 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

- a) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

- b) art. 89 ust. 1 pkt 4 przez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę;
- c) art. 90 ust. 1 przez jego błędną wykładnię i uznanie, że cena budowy wewnętrznej instalacji policznikowej elektrycznej kable zasilające o rozdzielnicę RPG, instalacja fotowoltaiczna) stanowi istotną część ceny w stosunku do całkowitej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy szacowana przez Zamawiającego wartość szacowana tego zakresu robót stanowi zaledwie 4,07% wartości szacunkowej całego zakresu zamówienia;
- d) art. 90 ust. 3 przez nieuzasadnione przyjęcie, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie wyjaśniają w sposób wystarczający, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;
- e) art. 7 ust. 1 przez ocenę ceny oferowanej przez Odwołującego w sposób nieodpowiadający rodzajowi ceny przewidzianemu za wykonanie przedmiotu zamówienia i w sposób mniej korzystny niż cen oferowanych przez innych Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji niezapewnienie w prowadzonym postępowaniu przetargowym zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie zgodził się z przedstawionymi zarzutami. Wskazał: w skierowanej do Odwołującego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo: JRP/41/2017 z dnia 09.11.2017 r.) Zamawiający w pkt 7 zawarł wymagane ustawą Pzp uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego. W piśmie Zamawiający wskazał podstawę prawną oraz przesłanki i okoliczności odrzucenia oferty.

Zamawiający podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przesłał dwie wersje wyjaśnień co również wzbudziło zaniepokojenie Zamawiającego odnośnie sposobu wyliczenia ceny i przygotowania oferty:

1) odpowiedź przesłana pocztą elektroniczną w dniu 23.10.17 r., godz. 9.21: Odpowiedź na pismo dotyczące rażąco niskiej ceny - dział 7 (zał. nr 1).

Zawarte w piśmie wyjaśnienia mają charakter lakoniczny, Odwołujący nie wskazuje też żadnych znanych przez siebie dowodów, na których oparł się przy wyliczeniu ceny tej części oferty, w szczególności odnoszących się do przesłanek opisanych w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawa Pzp. Jego wyjaśnienia polegają jedynie na nic niemówiącym literalnym cyt. „zapewnieniu”, „utwierdzeniu” Zamawiającego, że zaoferowana cena jest głęboko przemyślana i wyliczona poprawnie.

Odwołujący w tym piśmie powołuje się na wycenę Działu 7 przez firmę E.-S. – Oferta nr 770/10/2017 z dnia 02.10.2017 r. Jednakże wskazanego dowodu nie załącza do przesłanego e-maila. Fakt złożenia ww. wyjaśnienia przemilczany jest przez Odwołującego,

w dziale III Stan faktyczny w odwołaniu, przez co nie oddaje rzeczywistości i pokazania niekorzystnej dla siebie okoliczności przy składaniu wyjaśnień.

2) odpowiedź złożona bezpośrednio w siedzibie Zamawiającego - w dniu 23.10.2017 r. (zał. nr 2). W złożonym piśmie Wykonawca podaje takie same zapewnienia o poziomie ceny jak ww. e-mailu z tą różnicą, że powołuje się na wycenę innej firmy S. z dnia 06.10.2017 r. Firma S. wyceniła pozycje kosztorysowe na kwotę 28 476,30 zł netto. Z przedstawionej oferty w postaci pozycji kosztorysowych dla samego Wykonawcy nic nie wynika, gdyż oferta nie zawiera wskazania chociażby oferowanego typu instalowanych urządzeń, przyjętych rozwiązań technologicznych, które miałyby wpływ na oferowany poziom cen. Jeżeli przyjąć to za dowód taka sytuacja nie ma nic wspólnego z prawidłową kalkulacją oferty. Z treści odwołania (strony 6 i 7) wynika, że Wykonawca zamierzał powierzyć wykonanie tej części robót Podwykonawcy, a z treści oferty wynika jednoznacznie, że Wykonawca ma zamiar wykonać wszelkie roboty samodzielnie, gdyż nie wskazał w niej żadnego Podwykonawcy.

Zamawiający podnosząc fakt niskiej ceny działu 7 Kosztorysu ofertowego (ok. 30% kosztorysu inwestorskiego) mając uzasadnione wątpliwości brał pod uwagę całość tej części przedmiotu zamówienia, jej możliwość realizacji przez odwołującego zgodnie z projektem i wpływu na późniejszą eksploatację (w tym przypadku generującej zyski dla Zamawiającego w postaci budowy instalacji z odnawialnym źródłem energii). Inwestycja, dla której prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, jest częścią projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej. Zamawiający otrzymał dofinansowanie dla projektu przez udział w konkursie zamkniętym nr POLiŚ.2.3/2/2016 prowadzonym przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w W..

Organizator konkursu przewidział dodatkowy punkt w ocenie wniosków za wykorzystanie w realizacji projektu odnawialnych źródeł energii. Zamawiający otrzymał dodatkowy punkt w ocenie projektu, który przyczynił się do uzyskania dofinansowania, za zagwarantowanie realizacji zasilania przepompowni ścieków objętej przedmiotem zamówienia z wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii (ogniwa fotowoltaiczne) wycenionych wraz z całą instalacją w przedmiotowym dziale 7 kosztorysu ofertowego. Umowa ma charakter kosztorysowy. Zamawiający nie może zaakceptować oferty na wykonanie przedmiotowych robót nie mając pewności, że Wykonawca jest w stanie wykonać je zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową, gdyż mogłoby grozić to korektami finansowymi a w skrajnym przypadku nawet cofnięciem dofinansowania. Te fakty potwierdzają jednoznacznie, że jest to istotna część przedmiotu zamówienia dla Zamawiającego - a nie jak to stwierdza Odwołujący klasyfikując ten zakres robót jako roboty „peryferyjne”. Dlatego też Zamawiający mając na uwadze informacje przedstawione powyżej, podczas oceny ofert zwrócił szczególną uwagę, na wycenę przedmiotowego działu kosztorysu uznając go za istotną część składową ceny oferty i zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, licząc, że Wykonawca dołoży

wszelkich starań zgodnie z art. 90 ustawy Pzp by rozwiązać wątpliwości Zamawiającego odnośnie kalkulacji ceny istotnej części oferty na tak niskim poziomie. Niestety tak się nie stało. Odwołujący nie zawarł w swojej ofercie czy też w wyjaśnieniach, że przyjął rozwiązanie równoważne do rozwiązań technicznych przyjętych w dokumentacji projektowej, które byłby w stanie zrealizować za oferowaną przez siebie cenę. Odwołujący podnosi zarówno w wyjaśnieniu przesłanym do Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie oraz w odwołaniu, że zaoferowane ceny są zgodne z obowiązującymi na rynku. Z całą stanowczością należy stwierdzić, że nie jest to prawdą. Poniżej przedstawiamy kilka przykładów porównania cen zaproponowanych przez Odwołującego oraz cen rynkowych wraz z potwierdzeniem w postaci wydruków ze stron internetowych dystrybutorów ww. urządzeń”

- cena jednostkowa dostawy wraz z montażem ogniw fotowoltaicznych 280 W - poz. 425 kosztorysu ofertowego - to 74,36 zł netto. Cena rynkowa jednostkowa samego urządzenia to ok. 650 zł netto (zał. nr 3),
- cena jednostkowa dostawy wraz z montażem akumulatora 100 Ah - poz. 436 kosztorysu ofertowego - to 77,91 netto. Cena rynkowa jednostkowa samego urządzenia to ok. 750 - 1400 zł netto (zał. nr 4, 5).

Na stronie 7 odwołania Odwołujący podniósł, że strategia kalkulacji ceny jest uprawnieniem Wykonawcy oraz, że w zakresie części składowej dotyczącej budowy wewnętrznej instalacji policznikowej cena oferty mieści się w zakresie szacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej, a także jest zbieżna z ofertą Konsorcjum firm H. P. S., P. B. D. S.. Trudno się z tym zgodzić, gdyż różnica cen w pierwszym przypadku jest ok. 3 - krotna a w porównaniu do zaoferowanej ceny przez ww. konsorcjum, stanowi ok. 50% jej wartości. Trzeba też zaznaczyć, że oferta ostatniego z Wykonawców biorących udział w postępowaniu – I. R. S.A. (127 600,00 zł netto), która to oferta jest „najbliższa” cenowo ofercie Odwołującego, w tym dziale kosztorysu ofertowego jest kilkakrotnie wyższa.

Resumując zaznaczył, że zaoferowana istotna część składowa ceny wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, więc Zamawiający skorzystał z przysługujących mu uprawnień, które daje art. 90 ustawy Pzp wzywając Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia istotnej części składowej zaproponowanej ceny ofertowej budzącej wątpliwości Zamawiającego. Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wskazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nakłada na Wykonawcę. Nie jest rolą Zamawiającego jak wskazuje to Odwołujący ... „*wykazanie, że dany wykonawca, działający w konkretnych warunkach nie jest w stanie za określoną cenę wykonać w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia*”. Orzecznictwo KIO wskazuje, że wyjaśnienia winny być wyczerpujące, skonkretyzowane, odnoszące się do tych elementów

kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego też Wykonawca mając do dyspozycji ustawową możliwość wyjaśnienia proponowanej ceny powinien, zważywszy na doniosły charakter wyjaśnień, dołożyć wszelkich starań by obalić domniemanie Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 ustawy Pzp posiadała walor wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny musi być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta.

Odwołujący zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie patrzy przez pryzmat wszystkich wykonawców tylko swój, co jest zrozumiałe w kontekście uzyskania zamówienia. Tak zachować nie może się Zamawiający, nie może być stronniczy, gdyż w tym przypadku nie podnosząc wątpliwości co do rażąco niskiej ceny tej części zamówienia - może być posądzonym przez innych Wykonawców o wspomniane uchybienie.

Z całym przekonaniem wskazał, że zarzut nierównego traktowania Wykonawców nie występuje i nie uprawnia Odwołującego do postawienia takiej hipotezy.

Załączniki: -

- nr 1 - Odpowiedź Odwołującego przesłana pocztą elektroniczną w dniu 23.10.17 r., godz. 9.21 na pismo dotyczące rażąco niskiej ceny - dział 7,
- nr 2 - Odpowiedź Odwołującego złożona bezpośrednio w siedzibie Zamawiającego w dniu 23.10.2017 r.,
- nr 3 - 5 - Wydruki ze strony www dystrybutorów urządzeń.

Wykonawca – I. R. S.A. - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki uprawniające go wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca – I. R. S.A. – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w wyniku skutecznego przystąpienia uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego, zwany dalej też „przystępującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp dla postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Zakres odwołania został ograniczony w art. 180 ust. 2 pkt 1-6 ustawy Pzp do czynności zamawiającego określonych w tych przepisach.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty (art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy). Wskazał również pkt 6 – czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, nie przedstawiając zarzutu wobec wybranej oferty; czynność tę wskazał jako skutek odrzucenia jego oferty (oferta odwołującego przedstawia najniższą cenę).

Izba rozpoznała na rozprawie zarzut odrzucenia oferty odwołującego, skutkującego dalszymi następstwami wskazanymi w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Stan faktyczny

Zamawiający zamieścił w pkt 3 SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia*, wskazując jako przedmiot „Wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn. Budowa kanalizacji w ul. J., ul. T., ul. Zamawiający, ul. K., ul. R., ul. B. w P.”, w zakresie: *Kanalizacji ogólnospławnej, Kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej, Kanalizacji sanitarnej tłocznej, Przepompowni ścieków, Studzienki pomiarowej SP, Komory rozprężonej KR, Budowy wewnętrznej instalacji policznikowej elektrycznej wraz z panelami fotowoltaicznymi, Odtworzenie istniejących nawierzchni.*

W załączniku nr 1 do SIWZ – *Wzór umowy*, w § 1 *Przedmiot umowy*, wskazał zadania wymienione w OPZ (w ilości 8). W § 9 *Wynagrodzenie*, w ust. 1 wskazał: *Zamawiający zapłaci Wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia wynagrodzenie kosztorysowe (...).* W ust. 4 określił, że: *W przypadku nie wykonania określonej części robót z zakresu przewidzianego umową wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 zostanie pomniejszone o wartość robót niewykonanych.*

W kosztorysie inwestorskim w opisie Działu 7 zamawiający wyszczególnił: *Kanalizacja sanitarna, ogólnospławna, przepompownia ścieków wraz z ogrodzeniem, infrastrukturą towarzyszącą i wewnętrzną instalacją policznikową.* Wskazał: w pkt 7.1 *Kable zasilające i rozdzielnica RGP*, Lp. 413-424; w pkt 7.2 *Instalacja fotowoltaiczna*, Lp. 425-437; w pkt 7.3 *Pomiary*, Lp. 438-444; łącznie 32 pozycje, z podaniem: *Podstawa wyceny (wg KNNR), Opis (robót), Jednostka miary, Ilość, Cena zł (netto), Wartość zł (brutto)*, wynikająca z przemnożenia ilości i ceny zł (netto).

Kwota stanowiąca wartość z dodanym podatkiem VAT, stanowiła *Ogółem wartość kosztorysowa robót.*

W ofertach wykonawcy przedstawili ceny (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 09.11.2017 r.) – Dział 7 kosztorysu ofertowego: Kable zasilające i rozdzielnica RPG, Instalacja fotowoltaiczna, wg. netto:

odwołujący - 31 834,89 zł,

I. R. S.A. - 127 600,00 zł,

konsorcjum firm: H. P. S. i P. B. D. S. - 61 380,89 zł,

- przy wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego w kwocie 100 018,18 zł netto.

Wartość netto oferty odwołującego we wskazanych pozycjach stanowi 31,83% wartości ustalonej przez zamawiającego.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego (pismo z dnia 17.10.2017 r.) na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: (...) *w celu ustalenia, czy istotne części składowe oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwracam się o udzielenie w terminie do dnia 23.10.2017 r. godz. 12:00 wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w **Dziale 7 kosztorysu ofertowego - Kanalizacja sanitarna, ogólnospławna, przepompownia ścieków wraz z ogrodzeniem, infrastrukturą towarzyszącą i wewnętrzną instalacją policznikową**, w szczególności w zakresie:*

(...), cytując treść art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp.

Zamieścił też w wezwaniu informację, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący złożył w wyznaczonym terminie 2 pisma, pierwsze – przesłane drogą elektroniczną z powołaniem się na ofertę E. S. z dnia 02.10.2017 r. bez jej załączenia, drugie – złożył w siedzibie zamawiającego, o treści niemal takiej jak pierwsze, z dołączeniem oferty pt. – *Oferta Wycena zgodna z zapytaniem ofertowym dla Firmy: H. Sp. z o.o., z nieczytelnym podpisem i pieczętką ze wskazaniem S. Sp. z o.o. Kierownik dz. Fotowoltaiki M. A.* (podany numer uprawnień budowlanych).

Treść pierwszego pisma:

W odpowiedzi na pismo o sygn. IRP/27/2017 z dnia 17.10.2017 r., wzywające do wyjaśnienia wyliczenia ceny w Dziale 7 kosztorysu ofertowego, pragniemy wyjaśnić oraz utwierdzić Państwa jako Zamawiającego tematycznego zadania w przekonaniu, że zaoferowana cena Działu 7 wynikająca ze składowych poszczególnych pozycji kosztorysowych tegoż działu, jest głęboko przemyślana oraz stanowi realne koszty jakie

planujemy ponieść w celu wykonania tej części zamówienia zgodnie z załączoną dokumentacją przetargową.

Wskazana kwota Działu 7 wyliczona została w oparciu o przedstawioną ofertę Firmy E. S. - firmy profesjonalnie zajmującej się realizacją zadań związanych z pozyskiwaniem energii odnawialnej, w tym przypadku zasilania Przepompowni energią pozyskaną z paneli fotowoltaicznych.

Jednocześnie wskazać należy, że tematyczny Dział 7 stanowi 1,0% całkowitych kosztów przewidzianych przez Nas w złożonej ofercie w stosunku do kosztów realizacji całości inwestycji, dlatego też nie będzie on miał wpływu finansowego na realizację całości tematycznego przedsięwzięcia.

Kończąc, pragniemy Państwa zapewnić po raz kolejny, że zaoferowane ceny przedstawione w Naszej ofercie są realnie dobrane według obowiązujących stawek na rynku budowlanym i wyliczone zostały w oparciu o pozyskane oferty dostawców oraz producentów materiałów.

Załączniki: 1. Oferta nr 770/10/2017 z dnia 02.10.2017

Treść drugiego pisma:

W odpowiedzi na pismo o sygn. JRF/27/2017 wzywające do wyjaśnienia wyliczenia ceny w Dziale 7 kosztorysu ofertowego, pragniemy wyjaśnić oraz utwierdzić Państwa jako Zamawiającego tematycznego zadania w przekonaniu, że zaoferowana cena Działu 7 wynikająca ze składowych poszczególnych pozycji kosztorysowych tegoż działu, jest głęboko przemyślana oraz stanowi realne koszty jakie planujemy ponieść w celu wykonania tej części zamówienia zgodnie z załączoną dokumentacją przetargową, oraz, że wskazana kwota Działu 7 wyliczona została w oparciu o przedstawioną ofertę Firmy S.. Firmy profesjonalnie zajmującej się realizacją zadań związanych z pozyskiwaniem energii odnawialnej w tym przypadku wskazanego zasilania Przepompowni energią pozyskaną z paneli fotowoltaicznych.

Jednocześnie wskazać należy, że tematyczny Dział 7 stanowi 1% całkowitych kosztów przewidzianych przez Nas w złożonej ofercie w stosunku do kosztów realizacji całości inwestycji, dlatego też nie będzie on miał wpływu finansowego na realizację całości tematycznego przedsięwzięcia.

Kończąc zapewnić pragniemy po raz kolejny, że zaoferowane ceny przedstawione w Naszej ofercie są realnie dobrane według obowiązujących stawek na rynku budowlanym i wyliczone zostały w oparciu o pozyskane oferty dostawców oraz producentów materiałów.

Załączniki: 1. Oferta z dnia 06.10.2017:

Załączona oferta:

OFERTA Wycena zgodna z zapytaniem ofertowym dla Firmy: H. Sp. z o.o.

1. Układanie kabli w rowach kablowych - ręcznie, kabel do 0,5 kg/m, przykrycie folią - YKY 3x 2,5 - 20 mb - cena 110,00 zł
2. Układanie kabli w rowach kablowych - ręcznie, kabel do 0,5 kg/m, przykrycie folią - YKY 3x 6 - 48 mb - cena 305,50 zł
3. Układanie kabli w rowach kablowych - ręcznie, kabel do 1 kg/m, przykrycie folią - YKY 5x6 -16 mb - cena 140,20 zł
4. Układanie kabli w rowach kablowych - ręcznie, kabel do 1 kg/m, przykrycie folią - YKY 4x10 - 5 mb - cena 35,40 zł
5. Montaż i stawianie słupów oświetleniowych, słup do 100 kg, stalowy - słup 540 - 1 szt. cena 7350,50 zł
6. Montaż oprawy oświetlenia zewnętrznego, na słupie- oprawa 70 W -1 szt. - cena 515,20 zł
7. Montaż tablicy rozdzielczej elektrycznej o masie do 50 kg - Rozdzielnica RGP - 1 kpl. - cena 280,30 zł
8. Mocowanie aparatów na gotowym podłożu bez częściowego rozebrania i podłączania, aparat do 30 kg, ilość aparatów mocujących do 4 - analogia montaż modułów fotowoltaicznych w technologii krzemowej na typowej konstrukcji - 10 szt. - cena 610,30 zł
9. Montaż tablicy rozdzielczej elektrycznej a masie do 50 kg - Szafa Solarna do wbudowania akumulatorów, inwentorów, regulatora ładowania - 1 kpl. - cena 3456,20 zł
10. Montaż końcówek, przez zaciskanie, dla żył do 10 mm² - końcówki solarne do przewodu 10 mm² - 40 szt. - cena 220,20 zł
11. Przewody izolowane 1- żyłowe układane w gotowych korytkach przekrój 10 mm² - Przewody solarne 10 mm² - 25m - cena 105,20 zł
12. Przewody izolowane 1- żyłowe układane w gotowych korytkach przekrój 50 mm² - Przewody solarne 50 mm² - 12m - cena 98,48 zł
13. Mocowanie rozdzielnicy DC na gotowym podłożu z częściowym rozebraniem i złożeniem, bez podłączania, aparat do 10 kg ilość otworów mocujących do 4 - 1 szt. cena 50,40 zł
14. Mocowanie aparatów na gotowym podłożu z częściowym rozebraniem i złożeniem, bez podłączenia, aparat do 100 kg ilość otworów mocujących do 4 - Regulator ładowania - 1 szt. - cena 800,56 zł
15. Mocowanie aparatów na gotowym podłożu z częściowym rozebraniem i złożeniem, bez podłączenia, aparat do 100 kg ilość otworów mocujących do 4 - INWERTER - 1 szt. cena 7320,40 zł
16. Mocowanie aparatów na gotowym podłożu z częściowym rozebraniem i złożeniem, bez podłączenia, aparat do 2,5 kg ilość otworów mocujących do 2 - Zabezpieczenia AC - 1 szt. - cena 50,20 zł

17. Mocowanie aparatów na gotowym podłożu z częściowym rozebraniem i złożeniem, bez podłączenia, aparat do 2,5 kg ilość otworów mocujących do 2 - Rejestrator Danych - 1 szt. - cena 1102,30 zł
 18. Mocowanie aparatów na gotowym podłożu z częściowym rozebraniem i złożeniem, bez podłączenia, aparat do 2,5 kg ilość otworów mocujących do 2 - Miernik natężenia prądu - 1 szt. - cena 51,28 zł
 19. Mocowanie aparatów na gotowym podłożu z częściowym rozebraniem i złożeniem, bez podłączenia, aparat do 2,5 kg ilość otworów mocujących do 2 - Akumulator 100 Ah - 10 szt. - cena 708,50 zł
 20. Uruchomienie systemu Paneli Fotowoltaicznych - 1 kpl. - cena - 2350,00 zł
 21. Dokumentacja powykonawcza, odbiory techniczne etapowe i końcowy - 1 szt. - cena 2700,00 zł
 22. Sprawdzenie samoczynnego wyłączania zasilania, pomiar rezystancji uziemienia, pierwszy - 3 pomiar - cena 51,25 zł
 23. Pomiar rezystancji izolacji instalacji elektrycznej, obwód 3- fazowy, pomiar pierwszy - 1 pomiar - cena 10,20 zł
 24. Pomiar rezystancji izolacji instalacji elektrycznej, obwód 3- fazowy, pomiar każdy następny - 3 pomiar - cena 23,65 zł
 25. Sprawdzenie samoczynnego włączania zasilania, działanie wyłącznika różnicowo-prądowego, próba pierwsza - 2 próby - cena 8,23 zł
 26. Sprawdzenie samoczynnego włączania zasilania, działanie wyłącznika różnicowo-prądowego, próba każda następna - 5 prób - cena 17,65 zł
 27. Badania i pomiar instalacji uziemiającej, piorunochronnej i skuteczności zerowania pomiar każdy następny - 1 szt. - cena 3,20 zł
- SUMA OFERTY: 28 476,30 zł (netto).

Opis robót do wykonania przedstawiony w ofercie odpowiada opisowi zawartemu w kosztorysie ofertowym odwołującego (z kilkoma rozbieżnościami wykazanymi na rozprawie) i tym samym w kosztorysie inwestorskim, w Lp. (pozycjach) 418- 444; nie zawiera wyceny w Lp. (pozycjach) 413-417.

Różnica w cenach ofert odwołującego i podmiotu, którego ofertę załączono, wynosi - według oświadczenia odwołującego - 4 131,07 zł, z uwzględnieniem faktu, że kwota 28 476, 30 zł, to kwota netto.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 09.11.2017 r.)

(...)

7. Wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, wraz z powodami odrzucenia oferty, (...):

Działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu zostały odrzucone następujące oferty:

oferta nr 3 Konsorcjum Firm: H. Sp. z o.o., I. L. I. – L. Sp. z o.o.

Uzasadnienie faktyczne:

W dniu 17.10.2017 r. (pismo JRP/27/2017) Zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcę - Konsorcjum firm: H. Sp. z o.o. i I. L. I. – L. Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących ustalenia czy istotne części składowe złożonej oferty (Działu 7 kosztorysu ofertowego) zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego wzbudził oferowany poziom cen budowy wewnętrznej instalacji policznikowej elektrycznej (Kable zasilające i rozdzielnice RPG, Instalacja fotowoltaiczna) - wg oferty 31 834,89 zł netto, co stanowi 31,83% szacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej (100 018,18 zł netto) tego zakresu robót. W porównaniu do dwóch innych złożonych w postępowaniu ofert cena zaoferowana przez Konsorcjum we wskazanym dziale 7 również odbiega znacznie od tych ofert (oferta złożona przez I. R. S.A. - cena 127 600,00 zł netto, oferta konsorcjum firm H. P. S., P. B. D. S. - cena 61 380,89 netto zł.)

Termin złożenia wyjaśnień upłynął w dniu 23.10.2017 r. o godz. 12.00. W terminie wskazanym Wykonawca złożył u Zamawiającego dwa dokumenty:

1. złożona drogą e-mailową 23.10.17 r. godz. 9.21: Odpowiedź na pismo dotyczące rażąco niskiej ceny - dział 7.

Zawarte w piśmie wyjaśnienia mają charakter lakoniczny, gdzie Wykonawca powołuje się na wycenę Działu 7 przez firmę E.-S. - Oferta nr 770/10/2017 z dnia 02.10.2017 r. Jednakże wskazanej oferty Wykonawca nie załącza do przesłanego e-maila. Nie wskazuje też żadnych znanych przez siebie dowodów, na których oparł się przy wyliczeniu ceny tej części oferty, w szczególności odnoszących się do przesłanek opisanych w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawa Pzp.

2) pismo złożone bezpośrednio w siedzibie Zamawiającego - w dniu 23.10.2017 r.

W złożonym piśmie Wykonawca podaje takie same zapewnienia o poziomie ceny jak ww. e-mailu z tą różnicą, że powołuje się na wycenę innej firmy S. z dnia 06.10.2017 r. Firma S. wyceniła pozycje kosztorysowe na kwotę 28 476,30 zł netto. Z oferty tej nawet dla samego Wykonawcy nic nie wynika, gdyż oferta nie zawiera wskazania chociażby oferowanego typu instalowanych urządzeń, przyjętych rozwiązań technologicznych, które miałyby wpływ na oferowany poziom cen.

Reasumując powyższe Zamawiający stwierdził, że przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z weryfikowalnymi dowodami nie rozwiewają wątpliwości

Zamawiającego co do poziomu rażąco niskiej ceny istotnej części składowej oferty. Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wskazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nakłada na Wykonawcę. Wyjaśnienia winny być wyczerpujące, skonkretyzowane, odnoszące się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego też Wykonawca mając do dyspozycji ustawową możliwość wyjaśnienia proponowanej ceny powinien zważywszy na doniosły charakter wyjaśnień dołożyć wszelkich starań by obalić domniemanie Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny. Zdaniem Zamawiającego, aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 Pzp posiadała walor wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny musi być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta. Stopień ogólności podanych przez Wykonawcę informacji i dowodów a wręcz ich brak nie może stanowić w tym przypadku wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. - co ostatecznie pociąga za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty. Uzasadnienie prawne: Podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył na rozprawie wniosek dowodowy z dnia 27 listopada 2017 r. o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu stanowiącego zapewnienie S. Sp. z o.o. na okoliczność możliwości realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w zaoferowanej przez wykonawcę cenie. Odwołujący dodał we wniosku, że S. Sp. w piśmie z dnia 24 listopada 2017 r. podtrzymuje swoją ofertę z dnia 6 października 2017 r. na kwotę 28 476,30 zł netto przedłożoną odwołującemu na wykonanie kabli zasilających i rozdzielnic GRP oraz instalacji Fotowoltaicznych wraz z pomiarami. Wg spółki oferta zawiera wszelkie koszty związane z ww. robotami zgodnie z SIWZ oraz dokumentacją zamieszczoną na stronie internetowej.

Odwołujący załączył do wniosku pismo S. Sp. z o.o. z dnia 24 listopada 2017 r. na okoliczność możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w zaoferowanej przez wykonawcę cenie.

W załączonym piśmie z dnia 24.11.2017 r. (kserokopia z okazanym oryginałem), z nieczytelnym podpisem i pieczętką S. Sp. z o.o. *Kierownik dz. Fotowoltaiki M. A.* z podanym numerem uprawnień budowlanych, podobnie jak oferta z dnia 06.10.2017 r.) S. Sp. z o. o. w R. podtrzymała ofertę z dnia 6 października 2017 r., z zapewnieniem, że zawiera wszelkie koszty związane z wykonaniem robót (treść zapewnienia została powtórzona we wniosku dowodowym odwołującego). Zamieściła informację, że dokonała swojej wyceny z należytą starannością, w oparciu o wieloletnie

doświadczenie na rynku oraz przy założeniu wykonania tematycznego zamówienia własnymi siłami z zastosowaniem materiałów i urządzeń od sprawdzonej sieci dostawców.

Zamawiający złożył wraz z odpowiedzią na odwołanie: kopie dwóch odpowiedzi odwołującego z dnia 20.10.2017 r. wraz z ofertą S. z dnia 06.10.2017 r., na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz 3 załączniki (nr 3, 4, 5) wskazujące przykładowo ceny rynkowe:

Panel Fotowoltaiczny Q-Cells o.Plus BFR-G4.1 280W, cena 809,00 zł, netto 657,72 zł

Akumulator żelowy SSB - SBLcG 12V/100Ah, cena 1 699,00 zł, netto 1381,30 zł

Akumulator AGM 100Ah, cena 799,00 zł.

Przystępujący złożył na rozprawie dowody w postaci zbioru wydruków internetowych „Ceny rynkowe głównych elementów instalacji fotowoltaiki”, w tym oraz ofertę M. S. S.A. z siedzibą w R. (podmiotu, który jest producentem zamawianych w ramach tego postępowania elementów instalacji fotowoltaiki) - skoroszyt oraz kalkulację kosztów na podstawie pozycji i cen S. oraz ceny jednostkowe i wartości poszczególnych ofert.

Oceniając powyższe, Izba zważyła.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Przepisy art. 90 ust. 2 i ust. 3 stanowią: 2. *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.* 3. *Zamawiający odrzuca*

oferę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, wskazując wątpliwości w zakresie istotnych części składowych oferty w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w Dziale 7 kosztorysu ofertowego - Kanalizacja sanitarna, ogólnospławna, przepompownia ścieków wraz z ogrodzeniem, infrastrukturą towarzyszącą i wewnętrzną instalacją policznikową - wskazując podkreśleniem i grubością czcionki wagę części składowych oferty oraz oczekiwanie wyjaśnień we wskazanym przykładowo ustawowym zakresie.

W opinii prawnej zamieszczonej na stronach www.uzp.gov.pl, pt. *Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji* (wybrane fragmenty mające związek ze sprawą), wskazano.

1. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wskazanych wątpliwości, zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz dowodów zależy, co do zasady, od oceny oferty przez zamawiającego.

Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten - w odróżnieniu od obowiązującej dotychczas regulacji (art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r. ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) – nie określa sztywnych, matematycznych reguł, kształtujących podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy przez zamawiającego. W świetle powyższego zatem zamawiający będzie miał obowiązek występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w sytuacji gdy zostanie stwierdzona rozbieżność pomiędzy ceną ofertową (kosztem) w ofercie wykonawcy a wyceną przedmiotu zamówienia dokonywaną przez zamawiającego z należytą starannością w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy.

III. Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

IV. Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ciężaru dowodu.

V. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawiera przykładowe czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, przy czym katalog tych czynników ma charakter otwarty. Przykładowy charakter wyliczenia oznacza, że zamawiający uprawniony jest również do żądania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, które wykraczają poza czynniki mające wpływ na cenę oferty wymienione literalnie w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co po stronie wykonawcy skutkuje zawsze obowiązkiem złożenia dodatkowych informacji, pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Reasumując: 2. Badanie ceny lub kosztu prowadzi zamawiający, jeśli poweźmie wątpliwości, czy zaoferowana cena lub koszt lub ich części składowe umożliwiają należyte wykonanie zamówienia, w tym wykonanie zgodne z obowiązującymi przepisami. 4. Rozszerzeniu ulega przykładowy katalog podstaw do wyjaśnień i przedłożenia ewentualnych dowodów, o które wzywa zamawiający, gdy uzna, że cena lub koszt oferty mogą być rażąco niskie. 5. Rozszerzeniu ulega przykładowy katalog czynników, które zamawiający bierze pod uwagę przy badaniu podstaw rażąco niskiej ceny, w szczególności o okoliczności wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska oraz wynikające z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W świetle różnic cenowych w złożonych ofertach w zakresie działu 7 kosztorysów ofertowych i kwoty ustalonej przez zamawiającego (Inżynieria Rzeszów S.A. 156 948,00 zł; wykonawcy P. i D. S. 75 498,03 zł; odwołujący 39 156,9 zł; kwota zamawiającego 123 022,36 zł) oraz faktu, że cena robót w dziale 7 stanowi istotną część składową, w świetle niepodważonego stanowiska zamawiającego:

Inwestycja, dla której prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, jest częścią projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej. Zamawiający otrzymał dofinansowanie dla projektu przez udział w konkursie zamkniętym nr POIiŚ.2.3/2/2016 prowadzonym przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie.

Organizator konkursu przewidział dodatkowy punkt w ocenie wniosków za wykorzystanie w realizacji projektu odnawialnych źródeł energii. Zamawiający otrzymał dodatkowy punkt w ocenie projektu, który przyczynił się do uzyskania dofinansowania, za zagwarantowanie realizacji zasilania przepompowni ścieków objętej przedmiotem zamówienia z wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii (ogniwa fotowoltaiczne) wycenionych wraz z całą instalacją w przedmiotowym dziale 7 kosztorysu ofertowego. Umowa ma charakter kosztorysowy. Zamawiający nie może zaakceptować oferty na wykonanie przedmiotowych robót nie mając pewności, że Wykonawca jest w stanie wykonać je zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową, gdyż mogłoby grozić to korektami finansowymi a w skrajnym przypadku nawet cofnięciem dofinansowania. Te fakty potwierdzają jednoznacznie, że jest to istotna część przedmiotu zamówienia dla Zamawiającego - a nie jak to stwierdza Odwołujący klasyfikując ten zakres robót jako roboty „peryferyjne”. Dlatego też Zamawiający mając na uwadze informacje przedstawione powyżej, podczas oceny ofert zwrócił szczególną uwagę, na wycenę przedmiotowego działu kosztorysu uznając go za istotną część składową ceny oferty

– Izba uznała, że zamawiający był uprawniony do zwrócenia się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów. Treść wezwania nie budziła wątpliwości, wskazywała zasadność co do faktów i podstawy prawnej.

Odwołujący złożył w 2. pismach z dnia 20.10.2017 r. zapewnienie o treści – cena głęboko przemyślana, stanowi realne koszty, wycena dokonana w oparciu o ofertę firmy E.S. (bez załączenia); firmy S. (załączona oferta), koszt działu 7 stanowi 1% całkowitych kosztów inwestycji, cena wg obowiązujących stawek na rynku budowlanym i wyliczona w oparciu o pozyskane oferty dostawców oraz producentów materiałów.

Izba przychyliła się do oceny zamawiającego, że odwołujący nie udzielił wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w żądanym zakresie, nie złożył żadnych dowodów w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego, mimo że w zapewnieniu wskazał na pozyskane oferty dostawców oraz producentów materiałów.

Złożenie dwukrotnie niemal identycznych zapewnień wskazujących inne podmioty dokonujące wyceny (z potwierdzeniem na rozprawie, że wycena oferty została dokonana na podstawie aktualnych ofert obu podmiotów), w pierwszym przypadku, brak wyceny, w drugim oferta S. Sp. z o.o., podmiotu, którego status w postępowaniu nie został wykazany, oferta firmowana przez osobę, co do której nie wykazano umocowania do składania oferty, nieudostępnienie przez odwołującego zapytania ofertowego skierowanego do spółki

– zasadnie spowodowało ocenę czynności odwołującego jako brak złożenia wyjaśnień popartych stosownymi dowodami, co powoduje uznanie ceny rażąco niskiej.

Przede wszystkim, poza przedstawionymi brakami, oferta spółki S. stanowi wyłącznie wskazanie cen w układzie kosztorysowym (z wykazanymi na rozprawie omyłkami, niedokładnościami), przedstawionych następnie w kosztorysie ofertowym odwołującego (z niewielką różnicą). Z zestawienia cen wynika, że wycenę na tym poziomie ustalił autor oferty i jest to cennik za roboty opisane w 27 pozycjach na 32 pozycje podane w kosztorysie ofertowym w dziale 7.

Natomiast istotę wyjaśnień popartych stosownymi dowodami stanowi przedstawienie sposobu wyliczenia poszczególnych cen w dziale 7, z uwzględnieniem zakresu okoliczności wskazanych przykładowo w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp oraz powtórzonych w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień.

Odwołujący nie spełnił obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp – wykazania, że oferta w kwestionowanym przez zamawiającego zakresie, nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Czynność zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (*zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*), jako konsekwencja nie wykazania okoliczności, które eliminowałyby wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania wskazanej istotnej części składowej zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, nie została podważona w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania odwoławczego.

Odwołujący nie załączył żadnego dowodu do odwołania, wniósł jedynie o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy wskazana w ofercie odwołującego cena 2 081 094,39 zł brutto jest ceną rynkową za wykonanie zamówienia

objętego przetargiem – abstrahując od przedmiotu sporu, mianowicie istotnej części składowej ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy wskazana w ofercie odwołującego cena 2 081 094,39 zł brutto jest ceną rynkową za wykonanie zamówienia objętego przetargiem.

Zgodnie z art. 190 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, dowód z opinii biegłego wskazany jest wówczas, jeżeli ustalenie stanu faktycznego wymaga wiadomości specjalnych.

W ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający opisał szczegółowo wymagania, wskazując roboty budowlane w opisie przedmiotu zamówienia, z odpowiednim uregulowaniem płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy we wzorze umowy, w podziale na poszczególne zakresy zamówienia, wykazane w dziale 7 kosztorysu inwestorskiego. Stan faktyczny został ustalony.

Dowód złożony na rozprawie – zapewnienie spółki S. potwierdzające wycenę robót na kwotę 28 476,30 zł (netto), wskazaną w ofercie z dnia 6 października 2017 r. (bez wykazania umocowania osoby firmującej treść pisma), przy braku przedstawienia sposobu skalkulowania ceny przez odwołującego jako wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez złożenie oferty, podlega ocenie z takim samym skutkiem, jak oferta z dnia 06.10.2017 r.

Wobec nie wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów w granicach art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i zasad postępowania wskazanych w odwołaniu, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 tej ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy 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, z późn. zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 10 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: