

WYROK
z dnia 16 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2016 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miedźno, ul. Ułańska 25, 42-120 Miedźno**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów** i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów** na rzecz **Gminy Miedźno, ul. Ułańska 25, 42-120 Miedźno** kwotę **3 959 zł 39 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych trzydzieści dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu zamawiającego na posiedzenie i rozprawę.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Ostrowy nad Okszą w ulicach: Sportowa, Sosnowa, Tartakowa, Akacyjowa i Brzeźnicka” wykonawca Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności badania i oceny oferty, w tym w zakresie rażąco niskiej ceny, odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy HYDROMEX PLUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Częstochowie (dalej „Hydromex”), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”].

1. art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty, która była najkorzystniejsza wg. kryteriów ustalonych przez zamawiającego,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1, art. 90 ust. 2 i 90 ust. 3, poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień odwołującego odnośnie do rażąco niskiej ceny, stwierdzenie, że wyjaśnienia nie zawierają dowodów, odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, iż wyjaśnienia odwołującego z dnia 4 grudnia 2015 roku nie potwierdzają rażąco niskiej ceny, a w przypadku dalszych wątpliwości zamawiającego bezzasadne zaniechanie dalszych zapytań co do kwestii, które budziły wątpliwości zamawiającego (naruszenie dyrektywy klasycznej art. 69 ust. 3 Dyrektywy nr 2014/24/UE),
3. art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie sprawdzenia przez zamawiającego, czy oferta wykonawcy Hydromex nie zawiera kalkulacji kosztów pracy niższych niż wynikających z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314).

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, a także o nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, względnie przeprowadzenie procedury wyjaśnienia rażącej niskiej ceny, poprzez postawienie pytań, które budzą wątpliwości zamawiającego.

Odwołujący podał, że zamawiający w toku badania i oceny ofert, pismem z dnia 1 grudnia 2015 r. zwrócił się do niego o wyjaśnienie, czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, wobec czego 4 grudnia 2015 r. złożył wyjaśnienia, w których – ocenił odwołujący – wyjaśnił szczegółowo, jakie elementy i okoliczności mają wpływ na zaoferowaną cenę – wskazał dokładnie czynniki cenotwórcze w zakresie kosztów robocizny, sprzętu i materiałów oraz przedłożył stosowne dowody m.in. wykazujące oferty na materiały,

posiadany sprzęt, w szczególności w zakresie przewiertów. Dodał, że – zgodnie z wezwaniem zamawiającego – przedstawił dokładną kalkulację tych elementów, które w ocenie odwołującego miały wpływ na wysokość ceny.

Uzpełnił, że :

- w zakresie kalkulacji kosztów pracy sprzętu wskazał, iż nie jest to element kosztotwórczy, gdyż cały sprzęt jest własnością odwołującego i nie musi kalkulować kosztów najmu sprzętu,
- w zakresie istotnych składników cenotwórczych, tj. kosztów robocizny dokładnie wskazał, ile potrzebuje pracowników do wykonania zadania, jaki jest ich koszt pracy w przeliczeniu na stawkę roboczogodziny ze wskazaniem na nakłady robocizny w trakcie realizacji prac,
- przytoczył, że założył zysk na niskim poziomie co powoduje, że cena jest konkurencyjna.

Odwołujący wskazał, że zamawiający – w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 lutego 2015 roku – dokonał wyboru oferty wykonawcy Hydromex oraz odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w uzasadnieniu podając, że wyjaśnienia odwołującego nie przedstawiają dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący stanął na stanowisku, że uzasadnienie odrzucenia jego oferty jest niesłuszne i narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Uznał, że, z najwyższą starannością wyjaśnił zamawiającemu, w jaki sposób dokonał kalkulacji ceny i jakie obiektywne czynniki miały wpływ na możliwość zaoferowania ceny w wysokości wskazanej w ofercie, a na istotne elementy cenotwórcze przedstawił stosowne dowody. Zaprzeczył jakoby wyjaśnienia nie zawierały dowodów na poparcie twierdzeń wskazanych w wyjaśnieniu – przedstawił oferty handlowe na zastosowane materiały oraz wykaz posiadanego sprzętu. Oświadczył, że z przedłożonych ofert wynika, iż koszt podstawowych materiałów wynosi: 490 561,11 zł netto.

Zaprzeczył także jakoby odniósł się jedynie do swojej sytuacji ogólnej – wszystkie przytoczone przez odwołującego okoliczności miały związek z przedmiotem zamówienia. Dodał nadto, że:

- przedłożył oferty cenowe, ale również deklaracje zgodności celem wykazania, że wskazane w ofertach materiały są zgodne z zamówieniem,
- wykazał posiadanie własnej bazy sprzętowej, a w wyjaśnieniach podał konkretnie, który sprzęt zostanie zastosowany przy wykonaniu umowy,
- wykazał, że posiada maszynę do przewiertów sterowanych, co ma istotne znaczenie przy wykonaniu zamówienia,
- przedstawił pełną kalkulację własną odnośnie do kosztów robocizny,

- przy zadaniu będzie zatrudnionych 18 pracowników z określonych grup zawodowych wg zastosowanej stawki roboczogodziny.

Zdaniem odwołującego nie sposób nie obliczyć, że koszt robocizny przy wskazanych założeniach i trzymiesięcznym terminie realizacji robót wynosi 119 750,40 zł brutto.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2014 r. sygn. akt: KIO 1943/14, 1952/14, 1966/14, KIO 2038/14, zgodnie z którym „Wskazany przepis (art. 90 ust. 3 PZP) stanowi o odrzuceniu oferty wyłącznie w dwóch przypadkach: - wykonawca nie złożył wyjaśnień lub - ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.”, co potwierdziło stanowisko Sadu Okręgowego w Olsztynie wyrażone w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt: V Ga 122/10 –nie można odrzucić oferty wykonawcy, który złożył wyjaśnienia, ale nie usuwają one wszystkich wątpliwości zamawiającego; w takim przypadku zamawiający powinien wezwać wykonawcę o wyjaśnienie okoliczności, które budzą jego wątpliwości.

Powołał się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2224/14, KIO 2230/14, zgodnie z którym ocena wyjaśnień powinna następować w granicach określonych treścią wezwania, a jeżeli zamawiający nie pyta szczegółowo, wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie okoliczności budzą wątpliwości.

Odwołujący ocenił, że jego wyjaśnienia nie były lakoniczne, zawierały okoliczności poparte danymi liczbowymi odnoszącymi się na cenę, w sposób dostateczny wyjaśnił i poparł stosownymi dowodami, dlaczego jego oferta jest niższa od cen rynkowych.

Wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy tylko i wyłącznie, jeżeli ten nie złożył wyjaśnień lub jeżeli złożone wyjaśnienia potwierdzają, że cena jest rażąco niska.

Stwierdził, że żadna z tych okoliczności nie wystąpiła, a dowody i twierdzenia wykonawcy nie były ogólne i lakoniczne, aby można było twierdzić, że wykonawca nie udowodnił swojego stanowiska zgodnie z art.90 ust. 2 ustawy Pzp.

Podniósł, że jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do kalkulacji poszczególnych elementów oferty to powinien o to wezwać odwołującego. Podkreślił, że zgodnie w SIWZ nie było wymogów, aby przedłożyć kosztorys szczegółowy.

W ocenie odwołującego stopień szczegółowości jego wyjaśnień świadczy o tym, iż był przekonany o wyczerpującym charakterze jego stanowiska. Dodał, że z perspektywy odwołującego jego wyjaśnienia wykazywały w sposób dostateczny, że składniki cenotwórcze oferty nie odbiegają od realiów rynkowych i wskazywały ma konkretne metody obliczeniowe.

Wskazał, że problematyka badania rażąco niskiej ceny posiada swoje uregulowanie nie tylko na gruncie ustawy pzp, ale również na gruncie prawa europejskiego – z treści art. 69 ust. 3 dyrektywy klasycznej nr 2014/24/EU wynika, że zamawiający przed

odrzuconiem oferty z powodu rażąco niskiej ceny nie mogą ograniczać się do „jednorazowej czynności”, gdyż zamawiający ma obowiązek prowadzić konsultacje z wykonawcą – wymagane jest usunięcie wątpliwości zamawiającego, poprzez doprecyzowane i szczegółowe pytania odnośnie do elementów oferty, co chroni to wykonawcę przed arbitralnością zamawiającego, co – wedle odwołującego – miało miejsce w niniejszej sprawie.

Odwołujący stwierdził, że to co dla wykonawcy może być oczywiste, nie musi być jasne dla zamawiającego, dlatego też zamawiający ma prawo wielokrotnie pytać o kwestie związane z ustaleniem, czy cena nie jest rażąco niska. Podkreślił, że przeprowadzenie procedury wyjaśniającej jest nie tylko prawem, ale również obowiązkiem zamawiającego, a jednocześnie, że pytanie zamawiającego zadane w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter bardzo ogólny, wobec czego nie sposób przyjąć, że wykonawca, mimo należytej staranności, odpowie na wszystkie pytania zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego.

Odwołujący oświadczył, że po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Hydromex ma całkowitą pewność, że zamawiający nieprawidłowo przeprowadził procedurę oceny złożonych ofert pod kątem rażąco niskiej ceny.

Podniósł, że zamawiający bez większych trudności, jedynie w oparciu o złożone przez wykonawców wyjaśnienia mógł zauważyć, że oferta odwołującego jest tańsza od oferty Hydromex tylko dlatego, że ma niższe ceny na materiały podstawowe i niższy zysk.

Za niesłuszne uznał stanowisko zamawiającego, że upusty na materiały nie mają charakteru szczególnego – wyjaśnił, że udzielenie upustów jako czynność być może nie, ale już stopień tych upustów tak i odnosi się do danego uczestnika rynku.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w ogóle nie zbadał oferty Hydromex pod kątem zaoferowanych kosztów pracy; pomimo takiego obowiązku nie ustalił, czy koszty te nie są niższe niż wynikające z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Dowody: dokumentacja przetargowa odnośnie Hydromex Plus sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Częstochowie, w szczególności wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny, pismo Wykonawcy z dnia 8 lutego 2016 roku z dowodem nadania, inne dowody na okoliczności przytoczone w odwołaniu

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 12 lutego 2016 r., *Odpowiedzi na odwołanie* (pismo zamawiającego z dnia 15 lutego 2016 r.), *Pisma odwołującego* (pismo z dnia 16 lutego 2016 r.), a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego w następstwie niewłaściwej oceny wyjaśnień odwołującego odnośnie do rażąco niskiej ceny w tym stwierdzenia, że wyjaśnienia nie zawierają dowodów, a nadto wobec zaniechania dalszych zapytań do odwołującego w przypadku wątpliwości zamawiającego nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający zażądał, aby każdy z wykonawców podał w *Formularzu ofertowym* cenę „w formie ryczałtu”, jednocześnie nie oczekując składania żadnych kosztorysów (pkt 12 SIWZ), czy dokumentów zawierających informacje o elementach składowych zaoferowanej ceny.

Odwołujący zaoferował cenę w wysokości 1 357 056,06 zł brutto.

Pismem z dnia 1 grudnia 2015 r. odwołujący, z powołaniem się na przepis art. 90 ustawy Pzp, został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz do złożenia dowodów w zakresie elementów tej ceny, wskazując że cena ofertowa odwołującego w wysokości 1 357 056,06 zł brutto stanowi 47,2% wartości kosztorysowej brutto zamówienia (zamawiający przyjął wartość zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego wynoszącego 2 861 903,20 zł brutto – w tym VAT 23%).

Zamawiający zażądał wyjaśnień, „dlaczego cena ofertowa jest taka niska” oraz „o złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy (...)*”;
- 2) *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów*”.

Odwołujący, pismem z dnia 4 grudnia 2015 r. (wpływ do zamawiającego w dniu 8 grudnia 2015 r.), oświadczył, że zaoferowana cena pozwala odwołującemu na wykonanie zamówienia z założonym zyskiem oraz wskazał następujące elementy oferty mające wpływ

na wysokość ceny:

1. materiały,
2. sprzęt,
3. przewierty,
4. odtworzenie nawierzchni,
5. termin realizacji,
6. robocizna,
7. koszty pośrednie,
8. podwykonawcy,
9. zabezpieczenie materiałów oraz placu budowy,
10. zysk,
11. doświadczenie.

Odwołujący oświadczył nadto, że nie otrzymał żadnej pomocy publicznej, która by wpłynęła na wysokość ceny ofertowej.

Do wyjaśnień odwołujący załączył:

1. Ofertę HTI BP Sp. z o.o. Południe Sp.k. na rury (trzy rodzaje), kinetę, kielichy do studni, przyłącza siodłowe oraz korki na łączną kwotę 165 242,68 zł brutto,
2. Ofertę KANWA Sp. z o.o. Sp. k. na rury (dwa rodzaje) oraz trójnik kamionkowy na łączną kwotę 42 778,92 zł brutto,
3. Ofertę VIBRONET Z., K. Sp. j. na studnie na łączną wartość 117 255 zł brutto,
4. Wykaz pojazdów (wskazano markę, model, przeznaczenie, liczbą sztuk, dopuszczalną ładowność i liczbę miejsc) – łącznie 124 pozycje.
5. Deklaracje zgodności określonych kształtek, rur.
6. Aprobatę techniczną dotyczącą określonych rur i kształtek.
7. Deklaracje właściwości użytkowych dotyczącą określonego rodzaju studni betonowej.

Pismem z dnia 4 lutego 2016 r. zamawiający powiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, podając iż:

- wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie zawierają dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- odwołujący nie przedstawił wyczerpujących, jednoznacznych wyjaśnień i dowodów,
- odwołujący ograniczył się do opisu swojej sytuacji ogólnej, która może mieć ewentualny wpływ na ceny ofert składanych przez niego w zamówieniach tego typu, ale nie przedstawił żadnych konkretnych wyliczeń dokumentujących oszczędność przyjętej przez niego metody wykonania przedmiotowego zamówienia i wybranych

rozwiązań technicznych,

- odwołujący nie przedstawił żadnych wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji zamówienia dostępnych dla niego, gdyż trudno uznać za takie możliwości zamówienia materiałów po niższych cenach katalogowych,
- odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych wyliczeń i dowodów pokazujących czy i o ile okoliczności te miały wpływ na cenę jego oferty,
- odwołujący nie określił jasno i jednoznacznie jak sytuacja w zakresie robocizny i sprzętu wpływa na cenę oferty i na ewentualne oszczędności,
- odwołujący nie przedstawił wyliczeń kosztów pracy i zastosowanej stawki roboczogodziny,
- odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń dokumentujących, że suma kosztów robocizny, materiałów, sprzętu, kosztów pośrednich i zysku zamyka się w jego cenie ofertowej.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W wykonaniu obowiązku wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (cena ofertowa jest niższa od wartości zamówienia) zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, żądając wyjaśnienia niskiego, w stosunku do wartości ustalonej przez zamawiającego, tj. 2 861 903,20 zł brutto, charakteru jego ceny ofertowej wynoszącej 1 357 056,06 zł brutto.

Zamawiający nie sprecyzował, w jakim zakresie ceny ofertowej odwołującego oczekuje wyjaśnień, co w ocenie składu orzekającego Izby uznać należy za uzasadnione jako konsekwencja obowiązku podania przez odwołującego (i każdego innego wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) jedynie ceny całkowitej za realizację zamówienia (cena ryczałtowa). Zamawiający, nie dysponując żadnymi informacjami odnośnie do elementów ofertowych i ich cen częściowych nie miał możliwości formułowania tyczących tych elementów precyzyjnych pytań.

Powyższe nie zwalniało jednak odwołującego od wyjaśnienia zaoferowania ceny w konkretnej wysokości (1 357 056,06 zł brutto) – ustawa Pzp nie przewiduje odstępstwa poddania ocenie ceny ofertowej wykonawcy w przypadku zastosowania wynagrodzenia ryczałtowego.

Odwołujący, wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, tj.

1. materiały,
2. sprzęt,
3. przewierty,
4. odtworzenie nawierzchni,
5. termin realizacji,
6. robocizna,

7. koszty pośrednie,
 8. podwykonawcy,
 9. zabezpieczenie materiałów oraz placu budowy,
 10. zysk,
 11. doświadczenie
- oprał się na deklaracjach i ocenach własnych.

I tak w odniesieniu do elementu „sprzęt” odwołujący stwierdził jedynie, że *„Okoliczność posiadania własnej bazy sprzętowej pozwala na zaoferowanie elementów ceny dotyczącej sprzętu na bardzo korzystnym poziomie”*. Załączony wykaz sprzętu (abstrahując od faktu, że zawiera ponad 120 pozycji, a w wyjaśnieniach mowa jedynie o kilku z nich) wiedzy na temat owego korzystnego poziomu ceny zamawiającemu nie dostarczył.

W odniesieniu do elementu „przewierty” odwołujący stwierdził ogólnie, że *„ceny materiałów potrzebnych do ich wykonania ustalamy z dostawcami na preferencyjnych warunkach”*, co także nie poszerzyło wiedzy zamawiającego na temat wyjątkowo sprzyjających warunków zamówienia dostępnych dla odwołującego.

Tak też w przypadku elementu „koszty pośrednie”, gdzie odwołujący ograniczył się do oświadczenia, że *„przyjął niskie narzuty”*, elementu „podwykonawcy”, gdzie odwołujący oświadczył jedynie, że *„ceny ich usług nie są wygórowane i stanowią również o możliwości zaoferowania odpowiednio niższej ceny”* oraz elementu „zysk”, w przypadku którego odwołujący oznajmił, że jest *„na niskim poziomie”*.

I chociaż w przypadku materiałów odwołujący podał, że *„posiada możliwość zamówienia po korzystnych cenach, z reguły o 30% niższych od rynkowych cen handlowych”*, to jednocześnie załączone do wyjaśnień oferty zawierały konkretne ceny, nie dając wiedzy na temat wielkości udzielonych rabatów, czy upustów (w szczególności na poziomie 30%), co oznacza że nie stanowiły dowodu na wysokość pozyskanych przez odwołującego upustów/rabatów.

W wyjaśnieniach odwołujący wskazał nadto element *„termin realizacji”*, zapewniając, że czas przewidziany przez niego na realizację prac jest zgodny z wymaganym przez zamawiającego terminem, nie podając jednak w ogóle, jakie ma to znaczenie dla wysokości zaoferowanej ceny.

Wskazując element *„zabezpieczenie materiałów oraz placu budowy”* odwołujący podał, że *„korzystanie z tego typu polis ubezpieczeniowych zapewnia zarówno wykonawcy jak i zamawiającemu brak roszczeń od osób trzecich związanych z realizacją zadania”*, zaś wskazując element „doświadczenie” podał, że *„Firma podczas długoletniej działalności wywiązała się z dużej ilości należycie wykonanych kontraktów, na co przekłada się szereg otrzymanych referencji”*, nie wyjaśniając jednak zupełnie, jakie ma to znaczenie dla wysokości zaoferowanej ceny.

W przypadku elementu „robocizna” odwołujący poprzestał na podaniu „stawki roboczogodziny poszczególnych grup zawodowych”, jednocześnie jednak nie podał – jak uczynił to w odwołaniu – że koszt robocizny przy wskazanych stawkach wynosi 119 750,40 zł, przy czym zaznaczenia wymaga, że w wyjaśnieniach z dnia 4 grudnia 2015 r. odwołujący nie sprecyzował żadnych założeń dla wyliczonego kosztu robocizny (w odwołaniu podał dodatkowo, że chodzi o 18 pracowników i trzymiesięczny termin realizacji robót).

Odwołujący do istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez siebie ceny zaliczył także „odtworzenie nawierzchni”, zapewniając zamawiającego iż zostanie wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Dodatkowo oświadczył, że „W przypadku uszkodzenia nawierzchni asfaltowej w większej ilości niż podanej w przedmiarze robót odtworzenie wykonany w zaoferowanej cenie”, nie podając jaką dodatkową kwotę zarezerwował na ten cel w ramach swojej (niskiej) ceny.

Wszystkie wskazane przez siebie elementy – materiały, sprzęt, przewierty, odtworzenie nawierzchni, termin realizacji, robocizna, koszty pośrednie, podwykonawcy, zabezpieczenie materiałów oraz placu budowy, zysk, doświadczenie – odwołujący zakwalifikował jako „okoliczności sprzyjające Wykonawcy przy wykonaniu zamówienia” (str. 3 wyjaśnień).

Poddając ocenie wskazane przez odwołującego informacje dotyczące okoliczności sprzyjających wykonawcy przy wykonaniu zamówienia skład orzekający Izby uznał, że udzielone przez odwołującego wyjaśnienia sprowadzają się w istocie wyłącznie do wyliczenia uznanych przez odwołującego za istotne elementów wpływających na cenę ofertową, jednak brak w tychże wyjaśnieniach wskazania konkretnych wielkości (poza wielkością 30% co do niższych od rynkowych cen handlowych cenach materiałów) dla podanych elementów. Odwołujący nie podjął nawet próby wyjaśnienia zamawiającemu wpływu wskazanych elementów na wysokość swojej ceny w wysokości 1 357 056,06 zł brutto – żadne wielkości w odniesieniu do poszczególnych elementów w złożonych wyjaśnieniach odwołujący nie podał.

Podkreślenia wymaga, że to odwołujący, winien zamawiającemu wykazać – jak wymaga tego przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp – że jego oferta z ceną 1 357 056,06 zł brutto nie zawiera ceny rażąco niskiej. Tymczasem załączone do wyjaśnień oferty podmiotów trzecich nie potwierdzały rabatów/upustów na poziomie 30%, zaś pozostałe dokumenty (wykaz pojazdów, aprobaty, deklaracje) były nieprzydatne dla oceny realności zaoferowanej ceny we wskazanej wyżej wysokości. Pomimo dowolności sposobu wykazania, że oferta odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej (odwołującemu nic nie narzucono) odwołujący ciężącemu nań obowiązki nie podołał, nie dostarczając zamawiającemu praktycznie

żadnych konkretnych informacji, które ten mógłby poddać ocenie.

Choćby ze względu na brak w złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach konkretnych wielkości dla poszczególnych elementów mających wpływ na wysokość ceny kierowanie do odwołującego kolejnych wezwań, zmierzających do ustalenia, dlaczego cena ofertowa odwołującego jest – jak ujął to zamawiający – taka niska, nie znajdowało uzasadnienia w treści złożonych przez odwołującego przy piśmie z dnia 4 grudnia 2015 r. wyjaśnień.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że wyjaśnienia (na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) złożone w toku postępowania przez wykonawcę, którego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą nie mogły i nie były poddane ocenie Izby.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut odrzucenia oferty, która była najkorzystniejsza wg. kryteriów ustalonych przez zamawiającego nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego skład orzekający Izby uznał także, że oferta odwołującego nie mogła zostać poddana ocenie pod kątem ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, a tym samym nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zarzut zaniechanie sprawdzenia przez zamawiającego, czy oferta wykonawcy Hydromex nie zawiera kalkulacji kosztów pracy niższych niż wynikających z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Poza sporem był fakt, że przedmiotowe postępowanie to tzw. postępowanie podprogowe, tj. którego wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wobec powyższego w postępowaniu tym odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, tj.

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
2. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4. odrzucenia oferty odwołującego.

I choć zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje nie tylko od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia, ale także od zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, to kwestionowanie przez odwołującego braku właściwej weryfikacji wyjaśnień przystępującego (zaniechanie) jest niedopuszczalne, ponieważ kwestionowanie czynności oceny oferty innego wykonawcy w tzw. postępowaniu podprogowym nie przez ustawę przewidziane.

Wobec powyższego skład orzekający Izby zarzut pozostawił bez rozpoznania.

Ponieważ nie potwierdził żaden z zarzutów, które mogły zostać poddany ocenie składu orzekającego Izby orzeczono o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) oraz § 3 pkt 2) lit. a) oraz lit. b) 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).

Przewodniczący: