

WYROK
z dnia 25 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2014 r. przez wykonawcę **T..... T..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Drogowo-Melioracyjny T..... T....., ul. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Tychy, Al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **T..... T..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Drogowo-Melioracyjny T..... T....., ul. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T..... T..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Drogowo-Melioracyjny T..... T....., ul. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Tychy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty w zakresie ochrony przeciwpowodziowej do wykonania na ciekach w granicach administracyjnych miasta Tychy w 2014 roku. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 grudnia 2013 r. pod pozycją 528536.

W dniu 10 lutego 2014 r. wykonawca T..... T..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Drogowo-Melioracyjny T..... T..... (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę,
- naruszenie art. 90 ust. 2 przez niewzięcie pod uwagę czynników wpływających na obniżenie ceny zaoferowanej przez Odwołującego, tj. bezkosztowego dla Odwołującego odbioru i transportu odpadów biodegradowalnych,
- naruszenie art. 90 ust. 3 przez przyjęcie, że dodatkowe wyjaśnienia wykonawcy potwierdzają, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, a co za tym idzie, podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że różnica pomiędzy ofertą wykonawcy a wartością zamówienia szacowaną przez Zamawiającego może być kryterium wyłącznie pomocniczym, a nie decydującym przy ocenie czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Kryterium takim nie jest także, choć zdaje się być bardziej pomocne, porównanie ofert poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych wskazując, iż ceną rażąco niską jest taka cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów

prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. 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. Jak zauważył Odwołujący, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest zatem niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Odwołujący podkreślił, że nie jest ceną rażąco niską taka cena, która odbiega nawet dość znacznie od ofert konkurentów wykonawcy jak również od oczekiwań zamawiającego. Różnice, nawet dość znaczne w wysokości cen zawartych w ofertach stanowią bowiem jedynie naturalny objaw konkurencji i nie są wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Nawet okoliczność założenia zbyt niskiego poziomu zysku nie dowodzi przyjęcia ceny poniżej kosztów realizacji inwestycji.

Odwołujący zwrócił uwagę na propozycję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącą uregulowania kwestii rażąco niskiej ceny (2 lutego 2012 r.), gdzie znajdują się stwierdzenia o stosunkach procentowych cen, które muszą być wyjaśniane przez zamawiającego. W piśmie tym wskazano, że zamawiający powinien wyjaśnić cenę, gdy (i) cena jest niższa o więcej niż 50% od średniej arytmetycznej cen zawartych w pozostałych ofertach lub (ii) cena oferty jest niższa o więcej niż 20% od drugiej najniższej ceny. Przyjęcie takich a nie innych wielkości dla weryfikacji czy cena nie jest rażąco niska wskazuje jednoznacznie na praktyczne rozumienie tego pojęcia, w którym różnica mniejsza niż dwudziestoprocentowa w stosunku do drugiej najniższej oferty nie daje żadnych podstaw do podejrzewania wykonawcy o zaoferowanie ceny rażąco odbiegającej od wartości zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że cena, jaką zaoferował jest niższa o około 19% od ceny zawartej w ofercie wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Nie jest to, zdaniem Odwołującego, różnica, która powinna budzić podejrzenia Zamawiającego o rażąco niski poziom ceny zaoferowanej przez Odwołującego, która nie pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający dla ostatecznego potwierdzenia swoich zastrzeżeń co do prawidłowości ceny podanej przez Odwołującego przyjął kryterium zgodności z normami SEKOCENBUD. Jakkolwiek są to normy wynikające ze stawek stosowanych na rynku, nie są to normy mające walor powszechnie obowiązującego prawa i jako takie nie mogą służyć dla ostatecznego ustalenia, że cena

zaoferowana przez Odwołującego, której elementy zostały obliczone na podstawie norm niższych, jest ceną rażąco niską.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przyjęty w kosztorysie ofertowym koszt roboczogodziny (główny element składający się na cenę) nie jest rażąco niski i mieści się w granicach minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego rozporządzeniem Rady Ministrów z 11 września 2013 r. Odwołujący przyjął założenie, że zadanie wykonywać będzie 7 osób w wymiarze 168 godzin miesięcznie każda. W Szczegółowej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający założył, że roboty będą wykonywane od początku drugiego do końca trzeciego kwartału 2014 roku, za zatem przez 6 miesięcy. Przemnożenie ilości pracowników przez liczbę przepracowanych przez nich godzin i przez 6 miesięcy daje 7056 roboczogodzin, dodatkowo Odwołujący założył 1100 roboczogodzin związanych z utrzymaniem drożności cieków oraz innych robót dodatkowych. Koszt 1 roboczogodziny to dla Odwołującego 12,08 zł, a co za tym idzie, koszt miesięcznego wynagrodzenia jednego pracownika to 2.028,43 zł, czyli 1.680 zł brutto, która to kwota jest równa minimalnemu wynagrodzeniu za pracę określone na rok 2014.

Odwołujący podniósł, iż dla poparcia rzetelności przedstawionej kalkulacji przedłożył Zamawiającemu referencje z realizacji analogicznego zadania na rzecz miasta Imielin w 2013 r. Zamówienie powyższe miało wartość szacunkową: 303.067,22 zł brutto, cena zaoferowana przez Odwołującego wynosiła 229.026 zł brutto (76% wartości szacunkowej), przy czym suma długości rowów była większa niż przy zadaniu, którego odwołanie dotyczy i wynosiła 45.000 metrów bieżących (podczas gdy zadanie, którego dotyczy odwołanie, obejmowało ok. 33.000 metrów bieżących robót). Odwołujący wyjaśnił, iż ww. referencje nie mogły zostać dołączone do oferty w postępowaniu, ponieważ nie spełniają warunku potwierdzenia realizacji zadania o wartości co najmniej 250.000 zł, stanowią natomiast potwierdzenie realizacji zadania zbliżonego zakresem do zadania będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Prawdopodobnie wykonanie przez Odwołującego powyższego zadania w sposób jednoznaczny przesądza o tym, że cena zaoferowana przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie jest ceną rażąco niską, czyli taką, która jest oderwana od realiów rynkowych i która uniemożliwia wykonanie zadania czyniąc je nieopłacalnym dla wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, że w roku 2013 Odwołujący wykonywał ten sam zakres robót za cenę znacznie wyższą, co miałyby świadczyć o tym, że obecna oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską Odwołujący wskazał, że właśnie z tego powodu, że posiada doświadczenie w pracach objętych zamówieniem, mógł zaoferować cenę znacznie niższą zarówno od ceny oferowanej przed rokiem jak i od ceny oferowanej przez

konkurentów. W opinii Odwołującego, fakt, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest niższa niż w analogicznym postępowaniu w roku ubiegłym nie dowodzi w żaden sposób, że nie jest to cena rynkowa i że jest nierealna do osiągnięcia. Tylko zaś taka cena mogłaby zostać uznana za rażąco niską w stosunku do wartości zamówienia, co w tym przypadku nie ma miejsca. Wykonanie przez Odwołującego analogicznych robót za ceną *de facto* niższą niż zaoferowana w niniejszym postępowaniu dowodzi, że cena zawarta w ofercie Odwołującego jest ceną realną, nie powodującą zagrożenia dla prawidłowej realizacji zadania. Odwołujący wyjaśnił, że właśnie w oparciu o doświadczenie z realizacji analogicznego zadania dla Zamawiającego w 2013 r. Odwołujący założył normy wykonania robót przez swoich pracowników, wyjaśniając w swoim piśmie z dnia 24 stycznia 2014 r., że jeden pracownik w ciągu godziny jest w stanie wykosić 225 m² (podczas gdy zgodnie z normą przyjętą przez Zamawiającego jest to 111,12 m², norma KNR 15-01 0114-03), co Odwołujący wyczerpująco wyjaśnił Zamawiającemu w odpowiedzi na jego wątpliwości.

Ponadto, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezbadanie okoliczności mających wpływ na cenę, to jest umów zawartych z panem J..... W..... i panią H..... D..... Oba dokumenty przedstawione zostały Zamawiającemu jako jednostronnie podpisane,

co Zamawiający podkreślił w swoim rozstrzygnięciu, Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że dopuszczalna przez prawo jest wymiana przez strony dokumentów umów jednostronnie podpisanych, tworzących łącznie umowę w formie pisemnej. Niezależnie od powyższego, złożenie nawet jedynie oświadczeń osób zobowiązujących się do bezpłatnego odbierania odpadów biodegradowalnych oraz urobku (w tym do zapewnienia na własny koszt transportu) nie powinny budzić wątpliwości Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający nie zbadał należycie tych dokumentów i nie wziął ich pod uwagę, zarzucając Odwołującemu, że nie wykazał kwot, za jakie odbierane będą odpady powstające w trakcie wykonywania zamówienia. Odwołujący wskazał, że do wyjaśnienia z dnia 24 stycznia 2014 r. załączył dwa dokumenty potwierdzające zawarcie umów z panem J..... W..... i panią H..... D....., wskazujące jednoznacznie, że odpady te będą odbierane bezpłatnie we własnym zakresie, a w przypadku pana J..... W..... również z bezpłatnym transportem. Jest to, w ocenie Odwołującego, czynnik pozwalający w sposób istotny zminimalizować koszty realizacji zamówienia, pozwala bowiem Odwołującemu na zaoszczędzenie 46.904,82 w porównaniu do kosztów założonych na ten cel przez Zamawiającego. Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający ten czynnik wpływający na wysokość ceny zupełnie pominął, wbrew obowiązkowi zbadania go, co wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w rozstrzygnięciu o wyniku

postępowania zarzucił Odwołującemu zaniżenie niemal wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, podczas gdy wątpliwości Zamawiającego wzbudziło tylko 9 z 34 pozycji (pozycje o wartości niższej niż 60% wartości stawki według SEKOCENBUD).

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający przyjął za podstawę rozstrzygnięcia fakt, że wyjaśnienia Odwołującego nie pozwalają Zamawiającemu na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tymczasem zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający byłby uprawniony i zobowiązany do odrzucenia oferty Odwołującego wyłącznie w przypadku, gdyby dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał więc zabiegu odwrotnego do założonego przez ustawodawcę przyjmując, że jeśli nie zostało ustalone czy oferta zawiera rażąco niską cenę, oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- nakazanie powtórzenia czynności polegającej na ocenie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wg spisu kosztów, który Odwołujący zobowiązał się przedstawić na koniec postępowania oraz kosztów zastępstwa wg rachunku przedłożonego na koniec postępowania,
- dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający oszacował przedmiot zamówienia na kwotę 523 787,98 zł netto, w tym wartość zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 129 015,63 zł.

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:

- Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne „TOLOS” P..... W..... i wspólnicy Spółka Komandytowa – 459 173,91 zł (w tym VAT 85 861,79 zł),
- T..... T..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Drogowo-Melioracyjny T..... T..... – 298 589,42 zł (w tym VAT 55 833,79 zł),

- J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wodno-Melioracyjny J..... K..... – 369 010,35 zł (w tym VAT 69 001,94 zł).

W dniu 14 stycznia 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie pisemnych wyjaśnień oraz przedłożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że spodziewa się odniesienia się Odwołującego w szczególności do:

- kosztu roboczogodziny, jako że przyjęte przez Odwołującego wartości znacznie odbiegają od minimalnych kosztów wskazanych w SEKOCENBUD,

- wartości pozycji 1, 2, 28, 30, 34 i 37 kosztorysu ofertowego.

Zamawiający wezwał też Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie pozycji 1 kosztorysu ofertowego tj. dlaczego robocizna obliczona została na 0,009 r-g, podczas gdy praca kosi spalinowej na 0,0009 m-g.

Pismem z dnia 17 stycznia 2014 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wyjaśnił, że wpływ na wartość ceny podanej w ofercie miały następujące czynniki:

- brak zleceń oraz trudna sytuacja na rynku zmusiła Odwołującego do obniżenia ceny, aby uniknąć zwolnienia pracowników i zamknięcia działalności; Odwołujący złożył oświadczenie, że w podanej przez niego cenie brutto założył minimalny zysk;

- kwalifikacje personelu, który wykonuje prace objęte zamówieniem szybciej i sprawniej niż przewidziano to odpowiednimi normami;

- przyjęcie wypracowanego przez Odwołującego przelicznika dla obliczenia faktycznej ilości roboczogodzin przyjętych dla obliczenia ceny w ofercie; Odwołujący zwrócił w tym miejscu uwagę, że podana w kosztorysie ofertowym roboczogodzina nie jest niższa niż średnie krajowe wynagrodzenie miesięczne obowiązujące w 2014 roku i że od takiej właśnie wysokości wynagrodzenia ubezpieczeni są pracownicy Odwołującego;

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że odnośnie pozycji 1.1 i 1.2 kosztorysu ofertowego normy nie wskazują odrębnych wartości dla pracy kosi spalinowej, dlatego też współczynnik tzw. motogodziny został wyliczony na podstawie własnego doświadczenia Odwołującego, natomiast w pozycji nr 1.2 koszt pracy kosi spalinowej został uwzględniony w cenie.

Odwołujący stwierdził, że wszystkie odpady biodegradowalne powstające w trakcie wykonywania zamówienia będą odbierane i wykorzystywane przez rolników, co pozwala

na zminimalizowanie kosztów ich transportu, składowania bądź utylizacji.

Odwołujący przedłożył także referencje Miasta Imielin dotyczące analogicznego zakresu robót wykonanych za cenę niższą niż zaoferowana w niniejszym postępowaniu.

W dniu 20 stycznia 2014 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień stwierdzając, iż uprzednie wyjaśnienia zostały napisane w zbyt ogólnej formie i nie potwierdzają, że zaproponowana cena jest adekwatna do ustalonej przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia szczegółowych odpowiedzi na następujące pytania:

- jaką ilością personelu dysponuje i jaką ilość robót jest on w stanie wykonać w porównaniu z zakładaną normą,
- jaki przyjęto współczynnik motogodziny kosi spalinowej,
- ile wynosi 1 roboczogodzina w pozycji 2. kosztorysu, skoro kwota 7,90 zł uwzględnia również koszt pracy kosi spalinowej.

Zamawiający wezwał również do wskazania umów i adresów korespondencyjnych (numerów telefonu) osób, które będą odbierać od Odwołującego odpady biodegradowalne.

Dodatkowo Zamawiający przesłał zestawienie kosztów podanych w kosztorysie ofertowym oraz kosztów przyjętych w kosztorysie inwestorskim sporządzonym przez Zamawiającego. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o odniesienie się do tych pozycji z kosztorysu ofertowego, których procentowy udział w minimalnej wartości stawek SEKOCENBUD nie przekraczał 60.

W swoich wyjaśnieniach z dnia 24 stycznia 2014 r. Odwołujący oświadczył, że:

- dysponuje 10 pracownikami, w tym 4 pracownikami obsługującymi kosi spalinowe,
- jeden pracownik jest w stanie wykosić 225 m powierzchni w ciągu 1 roboczogodziny, podczas, gdy zgodnie z normą KNR 15-01 0114-03 jeden pracownik może wykosić 111,12 m²,
- współczynnik motogodziny został przyjęty według normy zakładowej Odwołującego i wynosi 0,0045, jednakże z uwagi na to, że w pozycji 1 Odwołujący nie zamierza wykonać całości przy pomocy kosi spalinowej, ale również ręcznie, w pozycji 1 zastosowano przelicznik 0,0009,

- w pozycji nr 2 KNR 15-01 0114-04 kosztorysu ofertowego nie uwzględniono pracy kosi spalinowej, ponieważ zgodnie z przyjętą technologią koszenie odbywa się ręcznie,

- co do pozycji nr 6 kosztorysu - zgodnie z normą zakładową Odwołującego jeden pracownik odmula w ciągu 1 roboczogodziny ok. 15 metrów bieżących rowu, podczas gdy norma zakłada 8,13 metrów bieżących odmulonych w ciągu jednej roboczogodziny,

Ponadto Odwołujący przedstawił dokumenty dotyczące odbioru i zagospodarowania urobku przez Przedsiębiorstwo Usługi Transportowe J..... W..... oraz zagospodarowania odpadów biodegradowalnych przez Gospodarstwo Rolne H..... D.....

Dodatkowo Odwołujący oświadczył, że wszystkie inne koszty zostały uwzględnione w kosztach ogólnych.

W dniu 5 lutego 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stwierdzając, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że Odwołujący w sposób bardzo ogólny wyjaśnił, iż jego pracownicy są w stanie wykonać w zakresie koszenia ponad 202% normy nie wskazując uzasadnienia swojego twierdzenia. Podobnie Odwołujący wyjaśniał w zakresie robót odmulania, co do której wskazał, iż pracownik osiąga efektywność prawie 200% normy.

Zamawiający podniósł, że przyjęta przez Odwołującego stawka roboczogodziny jest o ponad 20% niższa od minimalnej stawki ustalonej przez SEKOCENBUD, przy czym Odwołujący jednocześnie wskazał, że roboczogodzina została zawyżona o ok. 100% w stosunku do przyjętych norm. Zamawiający wyjaśnił, że mając na uwadze fakt, iż roboczogodzina stanowi istotny element oferty, nie mógł uznać, iż złożone wyjaśnienia w pełni potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. W ten sposób zaniżono, w ocenie Zamawiającego, prawie wszystkie inne pozycje kalkulacji kosztów.

W ocenie Zamawiającego, dołączone do wyjaśnień „umowy” o odbiór odpadów biodegradowalnych są *de facto* jednostronnymi oświadczeniami woli, a nie umowami podpisanymi przez wykonawcę. W szczególności nie wynika z nich kwota, za jaką odpady miałyby być odbierane. Minimalizacja kosztów zmierzająca do obniżenia ceny oferty mająca wynikać z odbierania odpadów przez rolników nie została wykazana.

Nie bez znaczenia przy ocenie zaproponowanej ceny, w opinii Zamawiającego, jest

fakt, iż w ubiegłym roku Odwołujący realizował tą samą usługę za kwotę o 50 429,56 zł netto drożej, a w trakcie negocjacji poprzedzających zawarcie umowy na roboty uzupełniające zaoferował jeszcze wyższe stawki uzasadniając to brakiem możliwości wykonania zamówienia wg stawek z przetargu z 2013 r.

Biorąc pod uwagę powyższe wyjaśnienia i ustalenia Zamawiający stwierdził, że potwierdzają one, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba uznała, że Zamawiający powziąwszy wątpliwości co do zaoferowana przez Odwołującego rażąco niskiej ceny, prawidłowo zastosował procedurę opisaną w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwracając się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę. Co więcej, Zamawiający dołożył wyjątkowej staranności dwukrotnie zwracając się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w tym przedmiocie.

W tym miejscu wskazać należy, iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień – ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, pociągają za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Należy pamiętać, że to na wykonawcy składającym wyjaśnienia spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca zobowiązany jest zatem wskazać obiektywne, weryfikowalne czynniki, które zamawiający powinien wziąć pod uwagę, a także wykazać, w jaki sposób czynniki te przekładają się na zaoferowaną w danym postępowaniu cenę.

W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie uzasadniały wysokości zaoferowanej ceny. Przede wszystkim wątpliwości budzi efektywność pracy pracowników Odwołującego, której Odwołujący, przy tak znaczącej różnicy pomiędzy zakładaną przez siebie ilością, a ilością założoną przez normę, w żaden sposób nie uzasadnił. Odwołujący nie uzasadnił również zaoferowania kosztów roboczogodziny na poziomie 7,90 zł. Co więcej, w odwołaniu wskazał koszt roboczogodziny na poziomie 12,08 zł, co nie znajduje odzwierciedlenia w ofercie. Tym samym dokonane w odwołaniu obliczenia odnoszące się do płacy minimalnej również nie znajdują oparcia w ofercie. Swoją argumentację na poparcie tezy o prawidłowości zaoferowanej ceny Odwołujący oparł na własnym doświadczeniu oraz wyspecjalizowanym i doświadczonym personelu. Twierdzenie to może budzić wątpliwości, bowiem, jak wykazał Zamawiający, doświadczenie Odwołującego nie uzasadnia tak znacznego obniżenia kosztów. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący działa na rynku od października 2012 r., zaś pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia od sierpnia 2011 r. i stycznia 1997 r. Ww. okres działalności nie uzasadnia tezy o wyjątkowo bogatym doświadczeniu odwołującego. Co więcej, jak wskazał Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, Odwołujący zrealizował dwa zamówienia o podobnym charakterze – dla Miasta Imielin oraz dla Zamawiającego. Doświadczenie takie jest wystarczające do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, jednak nie uzasadnia twierdzenia o bogatym doświadczeniu Odwołującego pozwalającym na zaoferowanie ceny znacznie niższej od konkurencji. Potwierdzenie prawidłowości stanowiska Zamawiającego w tym zakresie stanowi złożony przez Zamawiającego na rozprawie Protokół nr 1 z negocjacji przeprowadzonych w ramach postępowania na roboty w zakresie ochrony przeciwpowodziowej do wykonania na ciekach w granicach administracyjnych miasta Tychy w 2013 r., gdzie koszt roboczogodziny Odwołujący wskazał na poziomie 15 zł, zaznaczając, że nie jest w stanie należycie wykonać zamówienia po cenę, jaką zaproponował w zamówieniu podstawowym, tj. po koszcie 9,5 zł/r-g.

Uzasadnienia dla zaoferowania przez Odwołującego tak niskiej ceny nie może stanowić, w ocenie Izby, trudna sytuacja na rynku, na którą powoływał się Odwołujący. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdził, że pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia działają na tym samym rynku, zatem gdyby wykonawcy działali na granicy opłacalności, różnice między zaoferowanymi cenami byłyby mniejsze.

Nie sposób, w ocenie Izby, wywieść, jak wskazane przez Odwołującego okoliczności i brak potrzeby ponoszenia poszczególnych wydatków, jak np. odbiór części odpadów przez rolników, posiadanie bazy zlokalizowanej w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, posiadanie własnego, nowego sprzętu czy zatrudnianie pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, przekładają się na zaoferowaną cenę. W składanych wyjaśnieniach Odwołujący powinien był wskazać co spowodowało możliwość obniżenia ceny i w jakim stopniu, z uwagi na podane okoliczności, cena została obniżona.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia Odwołującego nie były wystarczająco precyzyjne oraz należycie umotywowane, przez co nie mogły rozwiązać wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena wynika z obiektywnych czynników czy wyjątkowo sprzyjających warunków nie dostępnych innym wykonawcom.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że informacje zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego nie przedstawiają – wbrew dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - obiektywnych, możliwych do zweryfikowania czynników oraz nie przedstawiają ich wpływu na zaoferowaną cenę. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Odwołującego (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Jednocześnie Izba za niezasadne uznała twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przyjął za podstawę rozstrzygnięcia fakt, że wyjaśnienia Odwołującego nie pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba stwierdziła, że Zamawiający w informacji o wynikach postępowania z dnia 5 lutego 2014 r. wskazał, że wyjaśnienia Odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp,
tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: