

Sygn. akt: KIO 800/16

WYROK
z dnia 6 czerwca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2016 roku przez wykonawcę A.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „INSTAL” Hurt – Detal A.L. w Lubichowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Dragacz

orzeka

1. Oddała odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „INSTAL” Hurt – Detal A.L. w Lubichowie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „INSTAL” Hurt – Detal A.L. w Lubichowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy A.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „INSTAL” Hurt – Detal A.L. w Lubichowie na rzecz Zamawiającego Gminy Dragacz kwotę 3 883 zł 10 gr (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt trzy złote dziesięć groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Dragacz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami we Flentowie*.

Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lutego 2016 roku pod numerem 19347.

13 maja 2016 roku Odwołujący - A.L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „INSTAL” Hurt – Detal A.L. w Lubichowie - działając w trybie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego tj. od czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę MZPS Przewierty M.Z., która nie jest najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu,
- 2) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty MZPS Przewierty M.Z. jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- unieważnieniu czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert wraz z ofertą Odwołującego,
- dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 179 ustawy ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, jednak z uwagi na jej bezprawne odrzucenie, oferta Odwołującego nie została sklasyfikowana, w efekcie czego Odwołujący pozbawiony został faktycznej możliwości uzyskania zamówienia. W wyniku powyższego Odwołujący nie uzyska zamówienia i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć przez realizację zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia

W odniesieniu do decyzji Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę Odwołujący podniósł, że argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu nie potwierdza, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Należy podkreślić, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są wyjaśnieniami odpowiednio umotywowanymi, zawierają cały szereg konkretnych i miarodajnych informacji potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny oferty, co więcej na ich potwierdzenie złożono rzetelne dowody.

W odniesieniu do oferty Zakładu Wielobranżowego Usługowo-Produkcyjnego „FISZER” z Brodnicy omyłkowo w nagłówku wskazano inny podmiot niż Odwołujący. Na potwierdzenie powyższego do odwołania załączono prawidłową ofertę wystawioną na rzecz Odwołującego o tym samym numerze. Powyższa omyłka nie zmienia jednak mocy dowodowej przedłożonego dokumentu i wykazania realności zaoferowanej ceny ofertowej. Co należy podkreślić Odwołujący w przedstawionych wyjaśnieniach wykazał zysk na poziomie około 15%.

W odniesieniu do oferty nr 599/16/GD z dnia 22 kwietnia 2016 r., która została złożona do drugich wyjaśnień składanych Zamawiającemu należy podkreślić, iż oferta ta stanowi jedynie bardziej szczegółowe rozwinięcie oferty, złożonej wraz z pierwszymi wyjaśnieniami. Jak wynika z

oświadczenia firmy RUREX Sp. z o.o., załączonego do mniejszego odwołania obie oferty są zbieżne produktowo. Mimo, iż w ofercie nr 259/16/GD z dnia 09 marca 2016 r. nie wyszczególniono wszystkich pojedynczych elementów to w obu ofertach zostały one skalkulowane. Różnica zaś w cenie wynika z faktu, iż przygotowując wyszczególnienie wszystkich elementów pominięto rabat przysługujący Odwołującemu, co również wynika z załączonego oświadczenia. Fakt, iż oferta nr 599/16/GD oraz załączone oświadczenie zostały wystawione po terminie otwarcia ofert potwierdza jedynie realność ceny wynikającej z oferty nr 259/16/GD. Tym samym brak jest podstaw, aby z tego powodu odrzucić ofertę złożoną przez Odwołującego. W odniesieniu do pozostałych okoliczności przedstawionych w informacji o odrzuceniu oferty należy stwierdzić, iż Zamawiający całkowicie pominął fakt, iż Odwołujący przedstawił kalkulację cenową, która nie została w jakikolwiek sposób podważona. Jeśli Zamawiający miał zaś jakieś dalsze wątpliwości, to mógł je wyjaśnić kierując do Odwołującego wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Tym samym Odwołujący uczynił zadość swoim obowiązkom i obalił domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zamawiający natomiast w żaden sposób nie podważył prawdziwości ani rzetelności wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień a jedynie zwrócił uwagę na ewentualne nieprawidłowości, które jednak nie mogą mieć wpływu na ocenę rażąco niskiej ceny złożonej oferty. Jest poza sporem, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie zawiera jakichkolwiek argumentów dowodzących, iż cena zaferowana przez Odwołującego jest ceną poniżej kosztów wytworzenia usługi. Z art. 90 ust. 3 ustawy jasno wynika, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, co w tej sprawie nie zachodzi, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ocena wyjaśnień Odwołującego przedstawiona przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w żaden sposób nie potwierdza powyższej okoliczności. Zamawiający dokonuje nadinterpretacji przepisów, wskazując, że przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska. Zgodnie z literalną treścią art. 90 ust.3 ustawy, na który powołuje się Zamawiający, odrzuca on ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego sytuacja taka nie ma miejsca.

Z chwilą, gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami, to zgodnie z ogólną zasadą dowodową to na Zamawiającego przeszedł ciężar dowodu zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 KC. Zatem to w piśmie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, Zamawiający powinien wykazać w taki sam sposób jak wezwany wykonawca, że jego stanowisko jest poważne. I tylko na marginesie należy przypomnieć, że jeżeli udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wymagają doprecyzowania i dalszego wyjaśnienia przez

Zamawiającego, Zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do dalszego zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień. W ocenie Odwołującego Zamawiający podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty Odwołującego nie sprostął ciężarowi dowodu, który nałożony jest na niego zgodnie z treścią art. 6 KC. Niemniej jednak Odwołujący chciałby wskazać na argumenty obalające twierdzenia Zamawiającego wynikające z informacji o odrzuceniu oferty „INSTAL” Hurt - Detal A.L..

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie, od czynności Zamawiającego z dnia 9 maja 2016 roku, zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 maja 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Odwołujący w dniu 1 czerwca 2016 roku przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 1 czerwca 2016 roku *Pismo procesowe Odwołującego w sprawie KIO 800/16.*

Zamawiający, na posiedzeniu z udziałem Stron postępowania, złożył pismo z dnia 1 czerwca 2016 roku *Odpowiedź na odwołanie* wnoszą o oddalenie odwołania w całości.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

W art. 7 ust. 1 – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w ust. 3 natomiast – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W art. 90 ustawy czytamy:

1. *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

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

2) *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

2. *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.*

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Ponadto, co rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo

uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający pismem z dnia 4 kwietnia 2016 roku, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie

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

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, celem ustalenia, czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła cena brutto 1 420 704, 00 zł, która w przeliczeniu jest niższa o 30% od wartości zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący za pismem z dnia 8 kwietnia 2016 roku przesłał wyjaśnienia, w których przedstawił analizę w podziale na: koszt materiałów, koszt sprzętu oraz koszt robocizny. Skalkulował materiały na kwotę 710 000,00 zł brutto, powołując ofertę firmy Rurex Sp. z o.o..

Odwołujący wskazał sprzęt, którym będzie się posługiwał oraz zaznaczył, że jest w posiadaniu Odwołującego oraz odwołał się do ofert firmy Hoster i Telprojmont w zakresie cen przewiertów sterowanych.

W zakresie trzeciego elementu wskazał Odwołujący, że koszt robocizny w ofercie to 140 000,00 zł netto (siedmiu ludzi miesięcznie 14 000,00 zł).

Odwołujący zaznaczył również, że stosując takie same metody kalkulacji jak w innych postępowaniach poszczególne elementy zostały skalkulowane z zastosowaniem 15% zysku i 40% kosztów pośrednich od robocizny i sprzętu.

Do wyjaśnień Odwołujący załączył: oferty dla Odwołującego od Telprojmont, oraz ofertę od Hoster oraz ofertę od Rurex Sp. z o.o. (nr 259/16/GD) na kwotę 624 654,28 zł brutto jak również ofertę z dnia 7 marca 2016 roku od Zakład Wielobranżowy Usługowo-Produkcyjny „FISZER” inż. Z.F. dla Amada Firma Szkoleniowo-Usługowa Brodnica (gdzie na tej ofercie Odwołujący skreślił podmiot będący nabywcą i przystawił swoją pieczęć)

Pismem z dnia 21 kwietnia 2016 roku Zamawiający w nawiązaniu do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień oraz złożonych dowodów, wskazał, że na okoliczność ustalenia, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, poprosił Odwołującego o *uszczegółowienie sposobu wyliczenia wszystkich kosztów materiałowych w cenie oferty. Do uszczegółowienia należy załączyć: - zestawienie materiałowe – zgodnie z przedmiarem robót załączonym do siwz – z podaniem cen brutto materiałów, - dowody potwierdzające ceny brutto materiałów wskazanych w zestawieniu.* Zamawiający wskazał również, że *duże wątpliwości budzi załączony do wyjaśnień dowód – oferta na materiały wystawiona przez Zakład Wielobranżowy Usługowo-Produkcyjny „FISZER” z Brodnicy (...) z przekreśleniem nazwy nabywcy i przystawieniem w tym miejscu pieczęci wraz z parafą wzywanego do wyjaśnień Wykonawcy.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przesłał faksem w dniu 26 kwietnia 2016 roku (przesyłka pocztowa 29 kwietnia 2016 roku) Zestawienie kosztów zadania, z którego wynika, że na ogólną wartość oferty 1 420 000,00 zł brutto składają się: 1) Materiały – Oferta Rurex – 785 911,46 zł brutto, 2) Pozostałe materiały – 32 685,00 zł brutto, 3) Przewierty – 486 403,54 zł brutto, 4) Geodezja – 15 000,00 zł brutto, 5) Robocizna + sprzęt - 90 000,00 zł brutto, 6) wydatki inne – 10 000,00 zł brutto. Wykonawca wskazał, że oferta zawiera zysk. Załączono do ww. zestawienia ofertę Rurex Sp. z o.o. (nr 259/16/GD) na kwotę 785 911,46 zł brutto zawierającą 71 pozycji.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 maja 2016 roku będącym Zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach wykluczonych z postępowania oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone wskazał, że w wyniku wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, Wykonawca w terminie wskazanym przez Zamawiającego *złożył pisemne wyjaśnienia wraz z dowodami. Jedne z załączonych dowodów – oferta dostawcy materiałów: Zakład Wielobranżowy Usługowo-Produkcyjny „FISZER” z Brodnicy nie dotyczył Wykonawcy lecz innego odbiorcy (Amada Firma Szkoleniowo-Usługowa z Brodnicy), natomiast inna oferta dostawcy materiałów dotyczyła jedynie zakupu rur do budowy sieci wodociągowej i nie odzwierciedlała rzeczywistych kosztów wszystkich materiałów potrzebnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. wykonawca został ponownie wezwany do złożenia wyjaśnień, w tym do przedłożenia wykazu wszystkich niezbędnych do budowy materiałów z podaniem ich całkowitych kosztów oraz określenia – w jakim*

stopniu koszt ten wpłynie na obniżenie ceny oferty. W uszczegółowieniu wykonawca złożył wyjaśnienia z załączeniem dowodów, z których wynika, że całkowity koszt wszystkich materiałów jest wyższy od tych kosztów, które zostały wskazane przez wykonawcę w pierwszym wyjaśnieniu. Jedna z ofert materiałowych jest wystawiona z datą późniejszą niż data otwarcia ofert. Ponadto, Wykonawca w trakcie złożenia wyjaśnień obniżył koszty robocizny i pracy sprzętu. W konsekwencji podsumowując poszczególne elementy ceny ofertowej, wykonawca obniżył ją o 724 zł. W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę pisemne wyjaśnienia z załączonymi dowodami nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 3 499 435, 26 zł brutto, wartość oferty Odwołującego 1 420, 704,00 zł brutto co wskazuje, że jest niższa o 59,40% od szacunkowej wartości zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 roku, sygn. akt 499/15 gdzie wskazano: „Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: "Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłyby zasadę uczciwej konkurencji". Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: "iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp." Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słusność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w

składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Wyjaśnienia jakie poczynił Odwołujący w złożonych na wezwanie Zamawiającego pismach są niespójne ze sobą a wręcz się wzajemnie wykluczają, co w ocenie Izby potwierdził pełnomocnik Odwołującego trakcie rozprawy oświadczając, że w zasadzie „drugie” wyjaśnienia zastępują „pierwsze” i nastąpił *zupełnie inny sposób przedstawienia kalkulacji, zysk ukryty jest w pozycjach materiałowych*. Izba zaznacza, że w piśmie z dnia 21 kwietnia 2016 roku Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny wskazał, że nawiązuje do wcześniej złożonych wyjaśnień jak również wskazał jakie elementy mają zostać wyjaśnione dodatkowo – uszczegółowienie sposobu wyliczenia wszystkich kosztów materiałowych. Izba zaznacza, że złożone wyjaśnienia przez Odwołującego nie odnoszą się do elementów jakich wykazania w wyjaśnieniach oczekiwał Zamawiający, sam Zamawiający odnosi się do całkowitego

kosztu materiałów, bowiem taki w zasadzie został podany jedynie przez Odwołującego w złożonych „drugich” wyjaśnieniach.

Izba podkreśla, że zadaniem Izby rozpoznając sprawę jest ocena dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych wyjaśnień oraz dokonania czynności będących efektem ww. czynności. Jednocześnie należy mieć na względzie, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym samym w trakcie postępowania odwoławczego strona nie dość, że jest uprawniona do dowodzenia swoich twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach to w zasadzie ustawodawca nałożył na nią ciężar dowiedzenia, że oferta, którą wykonawca złożył w danym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność tego, że wykonał wezwanie Zamawiającego zgodnie z jego treścią, nie próbował nawet wykazywać, że przedstawiał w złożonych wyjaśnieniach zestawienie materiałowe zgodnie z przedmiarem robót załączonym do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z podaniem cen brutto materiałów oraz załączył dowody potwierdzające ceny brutto materiałów wskazanych w zestawieniu. Odwołujący nie wykazywał powyższego, bowiem nie mógł tego wykazać ponieważ do wyjaśnień z dnia 26 kwietnia 2016 roku Odwołujący nie przedstawił takiego zestawienia a jedynie podał ogólne, sumaryczne kwoty. Tym samym nie wykonał Odwołujący wezwania Zamawiającego, w zasadzie nie przedstawiając wymaganych dokumentów nie złożył w wymaganym zakresie wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Izba zaznacza również, że ciężący na wykonawcy – Odwołującym obowiązek wykazania Zamawiającemu, że oferta złożona przez niego nie zawiera rażąco niskiej ceny nie mógł zostać wykonany przez Odwołującego, gdy ten nie złożył stosownych, wymaganych przez Zamawiającego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie. Tym samym nie sposób mówić o konieczności wzywania Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień, bowiem kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień jest jak najbardziej możliwe ale nie może ono naruszać zasad konkurencyjności w postępowaniu a co za tym idzie nie ma to być kolejne wezwanie do tego samego a wezwanie przykładowo uszczegółowiające dotychczasowe złożone wyjaśnienia - tak jak to zostało poczynione przez Zamawiającego w postępowaniu. Co zasadne w tym miejscu sam Odwołujący w złożonym piśmie procesowym powołał orzecznictwo, które potwierdza, że w przypadku braku składania wyjaśnień zgodnie z wezwaniem Zamawiającego brak jest możliwości zgodnie z prawem wzywania do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Składanie dodatkowych wyjaśnień w zakresie elementów ceny oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie stanowi nieskończonej

możliwości przedstawiania informacji wymaganych przez Zamawiającego, a do takiego rozumienia wezwania do złożenia wyjaśnień i możliwości jego uzupełniania w zasadzie prowadzi argumentacja Odwołującego. Dodatkowo należy wskazać, co podnosił również Zamawiający, że w drugich złożonych wyjaśnieniach uległy zmianie wykazywane przez Odwołującego koszty robocizny, które zostały obniżone w stosunku do pierwotnie podanych w pierwszych wyjaśnieniach (ze 140 000,00 zł netto na 90 000,00 zł brutto) przy czym w drugich wyjasnieniach Odwołujący do wskazanych kosztów robocizny doliczył również koszty sprzętu. Natomiast zgodnie z wyjaśnieniami poczynionymi na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego wskazywany w pierwszych wyjaśnieniach zysk na poziomie 15% został w drugich wyjaśnieniach *ukryty jest w pozycjach materiałowych*, których to poszczególnych pozycji brak jest w złożonych wyjaśnieniach.

Odnoszenie się w argumentacji przedstawionej na rozprawie przez Odwołującego do szacunkowej wartości zamówienia, która została w ocenie Odwołującego przeszacowana – a czego Odwołujący nie wykazał w żaden sposób - jak również do kwoty oferty wybranej w postępowaniu jako wskazującej, że cena oferty Odwołującego odbiega niewiele (2%) od wybranej nie stanowi dowiedzenia (art. 190 ust.1a ustawy), wykazania, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący miał okazję, prawo a chcąc uzyskać zamówienie obowiązek złożyć wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, nie uczynił tego.

W zakresie podnoszonego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, Izba wskazuje, że przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek wykonania wyboru oferty w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w

odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Izba oceniając przedstawione w odwołaniu wskazane naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy (zasad) nie mogła dokonać innej oceny jak „zarzutu” nie uwzględnić z uwagi na to, że w zasadzie zarzutu Odwołujący nie postawił, bowiem nie podniósł w uzasadnieniu jaka to nieprawidłowości w czynności Zamawiającego przejawiała się w stosowaniu określonych kryteriów oceny ofert.

Podsumowując, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższego Izba ustaliła, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zamawiający w prowadzonym postępowaniu w sposób prawidłowy i taki sam w stosunku do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie elementów oferowanej ceny

oraz dokonał oceny złożonych wyjaśnień w poszanowaniu przepisów ustawy nie naruszając art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z uwagi na to, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił wymaganych przez Zamawiającego informacji. Zgodnie z zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określoną w art. 7 ust. 3, przy uwzględnieniu znaczenia powyżej przywołanych zasad (art. 7 ust. 1 ustawy) oraz racjonalności przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 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 ze zmianami).

Przewodniczący: