

WYROK
z dnia 25 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2015 r. przez wykonawcę: **M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bruk-Mar F.H.U. M. G., ul. Sandomierska 6, 37-500 Jarosław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bruk-Mar F.H.U. M. G., ul. Sandomierska 6, 37-500 Jarosław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bruk-Mar F.H.U. M. G., ul. Sandomierska 6, 37-500 Jarosław** 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na *Wykonanie progów zwalniających liniowych listwowych, wyniesionych przejść dla pieszych i powierzchni ostrzegawczej integracyjnej z kostki brukowej betonowej wraz z oznakowaniem pionowym i poziomym na wybranych ulicach Rzeszów* przez Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów (dalej „zamawiający”) wykonawca M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BRUK-MAR M. G., ul. Sandomierska 6, 37-500 Jarosław (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

- odrzucenia oferty odwołującego w wyniku powołania się przez zamawiającego na okoliczność, że oferta odwołującego zawiera cenę rażąco niską,
- zaniechania wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,

zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1, poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty wykonawcy, która winna być odrzucona, co narusza zasadę zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 7 ust. 3, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, co prowadzić może do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tejże ustawy,
3. art. 90 ust. 2 i 3, poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, iż ten w swoich wyjaśnieniach z dnia 29 października 2015 r. dowiódł, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. art. 90 ust. 1 pkt 1, poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, polegające na ustaleniu, że odwołujący miał obowiązek wykazać koszty pracy złożonej oferty w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego z dnia 9 listopada 2015 r. takiego elementu nie zawierało,
5. art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez błędne ustalenie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy,
2. nakazanie zamawiającemu wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
3. zasądzenie kosztów postępowania w tym: wpisu, wykazanego wynagrodzenia pełnomocnika i innych wykazanych kosztów.

Wniósł także o przeprowadzenie dowodu z faktury na zakup paliwa na okoliczność ceny paliwa oraz listu referencyjnego MZD w Rzeszowie na okoliczność terminowości i prawidłowości wykonania identycznego zamówienia, a także o przesłuchanie odwołującego na okoliczność możliwości realizacji zamówienia zgodnie ze wskazanymi kosztami, prawidłowości jego wykonania i możliwości osiągnięcia dochodu.

Odwołujący oświadczył, że pismem z dnia 9 listopada 2015r., odebrany osobiście, zamawiający poinformował go o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Podał, że pismem z dnia 27 października 2015 roku, zamawiający – w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – zwrócił się do niego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (rażąco niskiej ceny). Dodał, że wszczęcie procedury wyjaśniającej przez zamawiającego wynikało z tego, że uprzednio składane przez odwołującego oferty obejmujące podobny przedmiot zamówienia (składane w przetargu nieograniczonym i z wolnej ręki) różniły się od oferty złożonej w tym postępowaniu w czterech pozycjach.

Wskazał, że zamawiający podał, że zaoferowane przez odwołującego ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do wartości kosztorysowej i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi w SIWZ wymogami. Wskazał również, że zamawiający zażądał wykazania prawidłowego skalkulowania kosztów wykonania zamówienia, w tym sprzyjających warunków oraz oszczędności metody wykonania.

Oświadczył, że pismem z dnia 29 października 2015 r. złożył wyjaśnienia w zakresie przedstawionej oferty wraz z kalkulacją oraz dowodami – wyjaśnił, z jakiego powodu mógł zaproponować niższe ceny w zakresie opisanym w wezwaniu i jakie warunki temu sprzyjają, a ponadto, że w związku z wykonaniem zamówienia uzyska dochód, przez co złożona oferta nie może być traktowana jako rażąco niska; przedstawił kalkulację wykonania zamówienia i osiągnięty dochód.

Podniósł, że zamawiający w wezwaniu nie żądał skalkulowania kosztów pracy, gdyż zastrzeżenie zamawiającego budziły konkretne pozycje cenowe, w zakresie których odwołujący wyjaśnił, że jest w stanie wykonać te czynności w niższej cenie.

Odwołujący – w zakresie wykonania malowania poziomego – podał, że koszt ten jest minimalny w stosunku do wykonania przedmiotu zamówienia, co pozwoliło na skalkulowanie ceny w tym zakresie z uwzględnieniem pokrycia kosztów z osiągniętego dochodu; w zakresie materiału a to kostki i betonu na budowę podał, że wskazał sprzyjające warunki wykonania tego zadania oraz oszczędności związane z wykonywaniem innego zamówienia publicznego.; w zakresie przedstawionych kosztów robocizny wskazał, że koszty te mógł obniżyć ze względu na ocenę tych kosztów przy uwzględnieniu wcześniej wykonywanych zamówieniach o tożsamym przedmiocie.

Odwołujący stwierdził, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty zamawiający wskazał, że cenę paliwa szacuje się w granicach 5 zł, z czym nie może zgodzić, gdyż w chwili obecnej istnieje możliwość zakupu paliwa w kwocie 4,16 zł na stacji paliw położonej ok. 500 m od granic Miasta Rzeszowa, a ok. 5 km od centrum.

Odwołując się do swojego doświadczenia, a także lokalizacji poszczególnych inwestycji przyjął, że trasa transportu na inwestycję pn. „budowa szaletu na bulwarach”, gdzie odwołujący chce składować gruz z innych inwestycji wynosi średnio ok. 10 km. Stał na stanowisku, że lokalizacja inwestycji w centrum Rzeszowa znacznie ułatwia przewóz materiałów rozbiórkowych – uwzględniając średnio spalanie samochodu IVECO DAILY na poziomie 13 litrów na 100 km (przeliczając dane: $13 \cdot 4,16 \text{ zł} = 54,08 \text{ zł}/100 \text{ km}$, biorąc pod uwagę kurs w jedną stronę liczący ok. 10 km) koszt dojazdu wynosi w granicach 5,4 zł.

W ocenie odwołującego zamawiający bezpodstawnie zakwestionował, że odwołującym jest w stanie wypłacić wynagrodzenie pracownikom z tytułu robót związanych z "Rozebraniem chodników z płyt betonowych o wymiarach 50x50x7 cm na podsypce cementowo-piaskowej" i "Rozebraniem krawężników betonowych o wymiarach 15x30 na podsypce cementowo-piaskowej", ponieważ we wrześniu 2015 roku odwołujący realizował 4 inwestycje na terenie Rzeszowa, tj. remont chodników na ulicach Kujawska, Akacyjowa, Brzozowa oraz Srebrna, przy realizacji których rozbiórcze podlegały m. in. stare płyty chodnikowe o wymiarach 50x50, a także krawężniki betonowe – biorąc pod uwagę wydajność pracowników, czas demontażu starych elementów oraz możliwość wykorzystania tych elementów jako gruz na innej inwestycji można obniżyć znacząco cenę tych pozycji w obecnym postępowaniu zwłaszcza, że są to mało istotne elementy biorąc pod uwagę całość inwestycji.

Ponownie odwołując się do swojego doświadczenia stwierdził, że przy budowie progów zwalniających nie występowały rozbiórki ww. elementów, w przypadku wyniesionych przejść odwołujący nie spotkał się dotychczas z demontażem płyt chodnikowych, a jeśli chodzi o krawężniki to ich liczba to ok. 20 sztuk przy jednym przejściu – średni czas demontażu 20 krawężników przy ostatnich inwestycjach to ok. 1 godzina.

Podkreślił, że zakres tych prac w stosunku do przedmiotu zamówienia nie jest duży i dlatego też istniała możliwość skalkulowania niższej ceny na wykonanie tej usługi, przy zapewnieniu uzyskania dochodu przez odwołującego.

Podniósł, że zamawiający ogólnikowo stwierdził : *"Wiele pozycji formularza całkowicie odbiega od cen rynkowych"*, co nie poddaje się weryfikacji, gdyż odwołujący nie wie, o jakich pozycjach zamawiający mówi.

Oświadczył, wbrew stanowisku zamawiającego, że podał cenę, która pokryje koszty należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo zapewni odwołującemu zysk.

Stanął na stanowisku, że ustalenia zamawiającego w zakresie kosztów malowania 1m² oznakowania poziomego stoją w całkowitej sprzeczności z treścią wyjaśnień odwołującego, który podał, że 5-6 kg farby za cenę 9 zł wystarcza na pomalowanie 1m² oznakowania poziomego – po przeliczeniu 6 x 9 zł daje wartość 54 zł netto/66,42 brutto, nie zaś, jak wskazał zamawiający kwotę 190,08 zł netto/233,80 zł brutto.

Stwierdził, że podana przez niego kwota była kwotą przykładową dla wykonania malowania dla konkretnego progu o określonych wymiarach, z dodatkowym wyjaśnieniem, że w wyniku pomyłki, wyliczenie podał dla progu największego, tj. o szerokości 7,5 m natomiast dochód podał dla progu o wymiarach 5 m. Dodał, że prawidłowe wyliczenie dla progu o szerokości 5m powinno wynosić: 2,34m² x 6 kg = 14.04 kg x 9 zł = 126,36 zł netto/ 155,42 zł brutto – kwota ta stanowi koszt wykonania malowania poziomego dla progu o szerokości 5m przy wycenie wykonania tego elementu na kwotę 7749 zł brutto.

Oświadczył, że w tym zakresie przedłożył dowód z oferty na sprzedaż zgodnej ze specyfikacją farby.

Podsumował, że stanowisko zamawiającego nie zawiera uzasadnienia, które przemawiałoby za odrzuceniem oferty odwołującego, który wyjaśnił, że w związku z wykonaniem zamówienia nie tylko wykona je w sposób zgodny z zamówieniem, ale również osiągnie z tego tytułu dochód.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 20 listopada 2015 r., *Odpowiedzi na odwołanie* – pismo zamawiającego z dnia 24 listopada 2015 r., a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut wyboru oferty wykonawcy, która winna być odrzucona, co narusza zasadę zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zarzut wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, co prowadzić może do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tejże ustawy skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Zarzuty te skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu, będącym tzw. postępowaniem podprogowym (wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) odwołanie od zaniechania czynności odrzucenia oferty innego, konkurencyjnego wykonawcy i od wyboru oferty takiego wykonawcy nie przysługuje (co wynika z przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp).

W odniesieniu do zarzutu ustalenia przez zamawiającego, że odwołujący miał obowiązek wykazać koszty pracy złożonej oferty w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego z dnia 9 listopada 2015 r. (błędnie wskazał odwołujący datę wezwania) takiego elementu nie zawierało skład orzekający Izby wskazuje, że w istocie zarzut polega na przypisaniu zamawiającemu, że wezwał odwołującego, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących kosztów pracy, która to czynność dokonana przez zamawiającego w dniu 27 października 2015 r. nie mieści się w katalogu czynności, wobec których odwołującemu przysługuje odwołanie (ponownie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp), a to ze względu na to, że złożone zostało w tzw. postępowaniu podprogowym.

Wobec powyższego zarzut ten skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

W odniesieniu do zarzutu błędnego ustalenia przez zamawiającego, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę skład orzekający Izby wskazuje, że w istocie zarzut polega na przypisaniu zamawiającemu, że odrzucił ofertę odwołującego, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, który to zarzut – jako odrębny – został także przez odwołującego podniesiony w odwołaniu. Zarzut ten został przez skład orzekający Izby rozpoznany poniżej.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego pomimo, iż ten w swoich wyjaśnieniach z dnia 29 października 2015 r. dowiódł, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem I pkt 3 SIWZ przedmiotem tego zamówienia jest „Wykonanie progów zwalniających liniowych, wyniesionych przejść dla pieszych i powierzchni ostrzegawczej integracyjnej z kostki brukowej betonowej wraz z oznakowaniem pionowym i poziomym na wybranych ulicach Rzeszowa, realizowane w ramach zadania remontowego pn.: Progi zwalniające”.

Zgodnie z Rozdziałem II SIWZ zakres zamówienia obejmuje: „Wykonanie progów zwalniających liniowych typu listwowego U-16a (do 40 szt.), wyniesionych przejść dla pieszych (do 15 szt.) i powierzchni ostrzegawczej integracyjnej (z kostki z wypustkami, do 500 m²)”, a także „opracowanie projektu tymczasowej organizacji ruchu”.

Zgodnie z Protokołem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN) w dniu 21 września 2015 r. zamawiający ustalił wartość przedmiotu zamówienia na 243 902,44 zł (netto) na podstawie: „planowane koszty, kosztorys inwestorski, program funkcjonalno-użytkowy, cen z rozstrzygniętych postępowań z 2012, 2013, 2014 i 2015 roku”.

W pkt. 9 ww. Protokołu zamawiający wpisał, że złożono 2 oferty, nie podając jednak żadnych cen – w kolumnie „Cena (z VAT)” w przypadku oferty odwołującego podał: „oferta odrzucona”, w przypadku drugiej z ofert: „Ceny jednostkowe”.

Zgodnie z Rozdziałem I pkt 10.3. SIWZ ofertę stanowić miał wypełniony Formularz oferty, wymagane postanowieniami SIWZ oświadczenia i dokumenty, pełnomocnictwa oraz Formularz cenowy (na podstawie wzoru).

Opracowane przez zamawiającego wzory: Formularza oferty oraz Formularza cenowego stanowiły załączniki do SIWZ.

Wzór Formularza oferty zawierał pkt 2 o treści: „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za ceny jednostkowe wskazane w Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do niniejszym oferty”.

Wzór Formularza cenowego zawierał 32 pozycje (w tym progi, oznakowanie poziome, znaki pionowe, rozebranie nawierzchni, rozebranie chodników, rozebranie krawężników, transport, profilowanie, położenie warstw, podbudowy, nawierzchni).

Ani Formularz oferty, ani Formularz cenowy nie przewidywał podania cen: netto i brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia.

W Rozdziale I pkt 13.1 oraz 13.7. SIWZ zamawiający wskazał, że „Cenę oferty będą stanowiły ceny jednostkowe podane w Formularzu cenowym”, „Za cenę uważać się będzie cenę brutto (łącznie z należnym podatkiem VAT)”.

W Rozdziale I pkt 13.6. SIWZ zamawiający zażądał, aby ceny jednostkowe w Formularzu cenowym były podane z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i w złotych polskich.

W Rozdziale I pkt 14 zamawiający podał, że cena (obok okresu rękojmi za wady) jest kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej o znaczeniu 90%, przy czym zamawiający przewidział, że będzie przyznawał punkty za daną pozycję (wg stosunku: cena najniższa do ceny badanej), a następnie zsumuje punkty za wszystkie pozycje formularza cenowego, uzyskując określoną sumę, którą w celu otrzymania łącznej liczby punktów „podstawi się” do wzoru: „ $\text{łączna liczba punktów} = \text{suma badana} / \text{najwyższa suma} \times 90$ ”.

Rozdział III SIWZ to wzór umowy, który w § 3 regulował kwestię wynagrodzenia wykonawcy w następujący sposób: „Wysokość wynagrodzenia będzie obliczona w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w formularzu cenowym oraz zakres faktycznie zrealizowanych prac wynikających z dokonanych obmiarów powykonawczych i nie może przekroczyć kwoty określonej w ust. 2.” Ustęp 2 brzmiał: „Maksymalna wartość nominalna zobowiązania Zamawiającego w okresie realizacji umowy nie przekroczy kwotyzł (słownie:.....).”

Zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego odwołujący złożył ofertę, wykorzystując opracowane przez zamawiającego wzory: Formularza oferty i Formularza cenowego.

I tak w Formularzu oferty odwołujący oświadczył: „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za ceny jednostkowe wskazane w Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik no niniejszej oferty”.

W Formularzu cenowym odwołujący podał ceny – wartości netto oraz wartości brutto wszystkich 32 pozycji.

W pozycjach 13, 18, 24 i 27 odwołujący wskazał następujące ceny jednostkowe:

- 13 „Oznakowanie poziome jezdni grubowarstwowe chemoutwardzalne gładkie, linie P-25” – 1,00 netto i 1,23 brutto za m²,
- 18 „Transport gruzu z terenu rozbiórki samochodami samowyladowczymi do 5 t na odległość do 10 km z mechanicznym wyladunkiem oraz utylizacja” – 1,00 netto i 1,23 brutto za m³,

- 24 „Rozebranie chodników z płyt betonowych o wymiarach 50x50x7 cm, na podsypce cementowo-piaskowej” – 1,00 netto i 1,23 brutto za m²,
- 27 „Rozebranie krawężników betonowych o wymiarach 15x30 cm, na podsypce cementowo-piaskowej” – 1,00 netto, 1,23 zł brutto za mb.

Odwołujący, pismem z dnia 27 października 2015 r., został wezwany do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w sprawie rażąco niskiej ceny co do 4 pozycji Formularza cenowego, tj. pozycji 13, 18, 24 i 27 w terminie do dnia 30 października 2015 r.

Zamawiający jako podstawę wezwania wskazał przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający uzasadnił, że odwołujący brał udział „w dwóch postępowaniach tego samego rodzaju, tj. w przetargu nieograniczonym i w postępowaniu z wolnej ręki” i w obu przypadkach pozycje te zostały wycenione na:

- pozycja 13 – na 49,20 zł brutto za m²,
- pozycja 18 – 24,60 zł brutto za m³,
- pozycja 24 – 2,46 zł brutto za m²,
- pozycja 27 – 2,46 zł brutto za mb.

Zamawiający dodatkowo wskazał w wezwaniu, że „złożone wyjaśnienia i dowody mają przekonać Zamawiającego (...), że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 2 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.

Pismem z dnia 29 października 2015 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, do których załączył:

- oświadczenie BRUK-BET z dnia 28 października 2015 r. dotyczące współpracy firmy odwołującego z tym podmiotem – „Firma jest stałym odbiorcą posiada umowę handlową i jest wiarygodnym kontrahentem. Obecnie posiada bardzo dobre warunki handlowe umożliwiające przygotowanie konkurencyjnych cen w postępowaniach przetargowych. Na dzień przygotowania oświadczenia nie zalega z płatnościami na rzecz podmiotu Bruk-bet”,
- oświadczenie TRANS-SŁAWEK z dnia 28 października 2015 r., zgodnie z którym odwołujący zaopatruje się u tego podmiotu w „materiał typu kliniec 16-31 mm oraz tłoczeń 31,5-63 mm na potrzeby realizacji inwestycji” oraz „posiada obecnie korzystne rabaty na materiał. Współpraca przebiega bezproblemowo, płatności uregulowane są terminowo”,
- oświadczenie WIBER z dnia 28 października 2015 r. dotyczące wieloletniej współpracy odwołującego z tym podmiotem i braku wobec tego podmiotu zaległości

finansowych na dzień składania oświadczenia, zgodnie z którym: „*firma ma znaczne upusty cenowe na produkowane przez nas wyroby i rozprowadzane materiały*”,

- ofertę cenową BRUK-BET Nr R/410 A/2015 z dnia 8 października 2015 r. na masę chemoutwardzalną do oznakowania poziomego grubowarstwowego – BILADUR 98:2 wraz z utwardzaczem (pojemniki 18 kg) – 9,00 zł netto i 11,07 zł brutto wraz z Aprobatą Techniczną.

Nadto w odniesieniu do poszczególnych pozycji odwołujący wyjaśnił:

- pozycja 13 – 1 kg farby to koszt około 9 zł netto, około 5-6 kg farby wystarcza na 1 m² malowania; wyliczył: „Biorąc pod uwagę próg 5 m wyceniony na 7749 zł brutto przy zużyciu 6kg na m² koszt malowania linii wynosi ok. (3,52 m² x 6 kg = 21,12 kg x 9 zł = 190,08 zł netto i 233,80 zł brutto)”; w odniesieniu do progu 5 m odwołujący dodatkowo podał, że koszt materiału wynosi: dla kostki ok. 402,50 zł netto, dla betonu ok. 1050 zł (150 zł netto za kubik betonu), inne koszty wliczone w robociznę – ok. 800 zł – to 2572,5 zł netto/3164,17 zł brutto; oświadczył, że posiada na materiały (kostka, obrzeża, krawężniki, kruszywo) korzystne rabaty, które pozwalają mu na duże oszczędności na innych pozycjach oraz, że po uwzględnieniu kosztów wykonania progu koszt związany z oznakowaniem poziomym jest minimalny w porównaniu do zarobku; oświadczył także, że do wykonania jednego progu zatrudnione są 4 osoby i wykonują tą pracę w czasie jednego dnia roboczego, a wynagrodzenie jest zgodne z obowiązującymi przepisami prawa pracy,
- pozycja 18 – „*transport materiału, a to kostki lub betonu na budowę progu lub wyniesionego przejścia następuje w ten sposób że powrotem samochód zabiera gruz i wywozi na inną budowę inwestycję pn. BUDOWA SZALETU NA BULWARACH (...) gdzie będzie czasowe miejsce składowania gruzu na wykonanie drogi technologicznej w celach realizacji tej inwestycji*”,
- pozycja 24 i 27 – „różnica w cenie wykonania wynosi jedynie 1 zł, po weryfikacji wykonanych do tej pory zleceń okazuje się że przy możliwościach i efektywności pracowników jest możliwe obniżenie ceny”.

Pismem z dnia 9 listopada 2015 r. (przekazanym odwołującemu via e-mail w dniu następnym) zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zamawiający podał, że ceny odwołującego „*Zdecydowanie odbiegają od cen jednostkowych szacowanych przez Zamawiającego oraz od cen zaoferowanych przez drugiego Wykonawcę*”, a nadto, że odwołujący „*biorąc udział w 2 postępowaniach tego*

samego rodzaju tj. w przetargu nieograniczonym i zamówieniu z wolnej ręki w br. oferował ceny znacząco wyższe.

Podał, że wartości przyjęte przez zamawiającego przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia z należytą starannością co do poz. nr 13, 18, 24 i 27 przedstawiały się następująco:

- 13 – 43,05 zł brutto za m²,
- 18 – 24,60 zł brutto za m³,
- 24 – 2,46 zł brutto za m²,
- 27 – 2,46 zł brutto za mb.

Wskazał, że oferta odwołującego winna zostać odrzucona, ponieważ nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia, wyjaśnienia mają charakter ogólny, lakoniczny i nie zostały poparte „mocnymi dowodami”. Dodatkowo wskazał, że wyjaśnienia odnośnie do pozycji 13 ewidentnie wskazują, że odwołujący nie jest w stanie wykonać tej pozycji w kwocie 1,23 zł brutto, a w kwocie 233,80 zł brutto, zaś odwołujący powinien wykazać, że pomimo budzących wątpliwości zamawiającego cen jednostkowych jest w stanie wykonać zamówienie „z odpowiednim zyskiem wliczając koszty materiałów, transportu, otrzymania pracowników itd.”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Na wstępie (wobec braku wskazania w Formularzu cenowym, że ceny są wyrażone w złotych polskich) skład orzekający Izby wskazuje, że nie było sporne, że ceny zaoferowane przez odwołującego w Formularzu cenowym są cenami wyrażonymi w złotych polskich.

Podkreślenia wymaga, że istotnymi dla możliwości zastosowania kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci ceny o znaczeniu 90% mają w przedmiotowym postępowaniu wyłącznie ceny jednostkowe i takie tylko ceny miał podać każdy wykonawca w Formularzu cenowym, zaś przyjęte przez zamawiającego wynagrodzenia jest wynagrodzeniem kosztorysem, a nie ryczałtowym (§ 3 ust. 1 wzoru umowy – Rozdział III SIWZ).

Powyższe oznacza, że badanie rażąco niskiego charakteru ceny może dotyczyć w tym przypadku jedynie cen jednostkowych (ceny ofertowej za cały przedmiot zamówienia brak).

Uwzględniając powyższe podnieść należy, że skierowanie przez zamawiającego do odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie z dnia 27 października 2015 r. spowodowało, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, że obowiązek wykazania, iż oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskich cen jednostkowych, spoczął na odwołującym, któremu odwołujący starał się sprostać, składając – pismem z dnia

29 października 2015 r. – wyjaśnienia oraz załączając dowody: trzy oświadczenia oraz jedną ofertę cenową.

W ocenie składu orzekającego Izby obowiązkowi nałożonemu nań w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący nie podołał, co obligowało zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że złożone przez odwołującego oświadczenia nie są przydatne dla oceny charakteru zaoferowanych przez niego cen jednostkowych, a to z tego względu, że oświadczenia te nie zawierają żadnych konkretnych informacji co do pozyskanych przez odwołującego „bardzo dobrych warunków handlowych”, „korzystnych rabatów na materiał”, „znaczących upustów cenowych” – nie wskazują wielkości owych rabatów, czy upustów, brak nawet sprecyzowania, o jakie warunki handlowe w ogóle chodzi.

Ocena przez podmioty, z którymi odwołujący współpracuje tego, jakim partnerem jest odwołujący (w szczególności brak zaległości w płatnościach) są irrelevantne dla oceny, czy zaoferowane konkretne ceny jednostkowe są realne, czy rażąco niskie.

Dostrzeżenia nadto wymaga, że nie jest wiadomym, czy i dla których pozycji Formularza cenowego zakup prefabrykatów betonowych, klińca 16-31 mm oraz tłuczni 31,5-63 mm jest celowy (13, 18, 24 czy 27 ?). W przypadku podmiotu P.P.H.U. „WIBER” nie jest nawet wiadomym, jakie wyroby i materiały podmiot ten produkuje i „rozprowadza”.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że bezprzedmiotowa dla możliwości weryfikacji zaoferowanych przez odwołującego cen jednostkowych jest złożona zamawiającemu Aprobata Techniczna – nie było przecież kwestionowane to, że masa chemoutwardzalna, dla której ofertę także odwołujący złożył może być stosowana w budownictwie.

Reasumując powyższe, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że jedynym adekwatnym do wezwania z dnia 27 października 2015 r. dowodem jest Oferta cenowa Nr R/410 A/2015.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez odwołującego w piśmie z dnia 29 października 2015 r. w zakresie kwestionowanych przez zamawiającego pozycji Formularza cenowego skład orzekający Izby wskazuje:

- Pozycja 13 „Oznakowanie poziome jezdni grubowarstwowe chemoutwardzalne gładkie, linie P-25” – 1,00 zł netto i 1,23 zł brutto za m² – pozycja ta była pozycją odrębną od pozycji dotyczących progów [pozycji 1-12 dotyczących progów o różnych długościach (od 2 do 7,5m)] i w odniesieniu jedynie do tej pozycji

odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień. Pomimo to odwołujący starał się wykazać realny charakter ceny z pozycji 13, udzielając wyjaśnień dotyczących także progów z pozycji 1 i 6 (próg o długości 5 m oraz o długości 7,5 m). Jednocześnie jednak realność ceny wykonania samych progów nie została przez odwołującego wykazana, ponieważ poprzestał na gólosłownym wskazaniu cen kostki, kubików betonu, kruszywa, czy robocizny. Wyjaśnienia dotyczące oznakowania poziomego, którego cenę kwestionował zamawiający odwołujący oparł na założeniu, że ceny jednostkowe dotyczące progów są realne, czego jednak nie wykazał, a co czyni wyjaśnienia ceny z pozycji 13 ułomnymi. Nie pozwala to uznać, że odwołujący wykazał, że cena z pozycji 13 nie jest rażąco niska.

- Pozycja 18 „*Transport gruzu z terenu rozbiórki samochodami samowyladowczymi do 5 t na odległość do 10 km z mechanicznym wyładunkiem oraz utylizacja*” – w tym zakresie brak jest jakichkolwiek danych (wycień), nie wiadomo, jakie znaczenie w aspekcie wartościowym ma metoda polegająca na odbiorze gruzu z budowy pojazdem, który uprzednio przywiózł materiały na budowę i odwiezieniu tego gruzu na inne miejsce składowania [nie wskazano jaka to odległość i skąd jej sprzyjający dla realizacji zamówienia charakter, jakim pojazdem przywóz nowych materiałów i wywóz gruzu będzie miał miejsce (zużycia paliwa)]. Samo wskazanie metody nie uzasadnia ceny transportu w konkretnej, i to tak niskiej wysokości, tj. 1,23 zł brutto za m³.
- Pozycja 24 „*Rozebranie chodników z płyt betonowych o wymiarach 50x50x7 cm, na podsypce cementowo-piaskowej*” za cenę 1,23 zł brutto za m² oraz
- Pozycja 27 „*Rozebranie krawężników betonowych o wymiarach 15x30 cm, na podsypce cementowo-piaskowej*” za cenę 1,23 zł brutto za mb – w przypadku obu pozycji odwołujący posłużył się argumentem niewielkiej bo wynoszącej jedynie 1 zł różnicy pomiędzy zaoferowanymi cenami jednostkowymi a (realną) ceną wskazaną przez zamawiającego (2,46 zł brutto). Podnieść jednak należy, że argument ten nie jest trafny – zestawienie ceny w wysokości 1,23 zł brutto z ceną w wysokości 2,46 zł brutto nie uprawnia do wniosku, że różnica między nimi wynosi „jedynie 1 zł”, ponieważ różnica ta wynosi 50%, która to wielkość nie może być bagatelizowana, jak uczynił to odwołujący.

Stanowisko odwołującego, że „*przy możliwościach i efektywności pracowników jest możliwe obniżenie ceny*” jest przekonaniem odwołującego, niemożliwym do weryfikacji ani przez zamawiającego, ani przez skład orzekający Izby, a to wobec

braku jakichkolwiek informacji/danych, które doprowadziły odwołującego do takiego wniosku.

Dodatkowo wskazać należy, że oświadczenie odwołującego w zakresie kosztów pracy (zatrudnienie 4 osób do wykonania jednego progu w czasie jednego dnia za wynagrodzeniem zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa pracy) nie zostało skonkretyzowane (wysokość tego wynagrodzenia), ani powiązane w aspekcie wartościowym z cenami kwestionowanych przez zamawiającego pozycji (w szczególności pozycja 13).

Przypomnienia wymaga, że Izba, w konsekwencji przysługującego odwołującemu prawa do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), może, oceniając zgodność konkretnej czynności zamawiającego uwzględnić tylko te informacje, które znane były zamawiającemu w momencie podejmowania czynności, co oznacza, że nowe informacje poddane przez odwołującego w odwołaniu, czy na rozprawie są, dla oceny prawidłowości czynności zamawiającego, bez znaczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby uznał, że bez wątplenia odwołujący nie wykazał, że jego oferta (Formularz cenowy) nie zawiera rażąco niskiej ceny (rażąco niskich cen jednostkowych), toteż uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Ponieważ nie potwierdził się jedyny zarzut, który mógł zostać rozpoznany przez Izbę, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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).

Przewodniczący: