

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **P. B. o. K.-L. Spółka Jawna, ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Budżetowy Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Gminy B., (...)** przy udziale wykonawcy **P. T. S. B. P., A. P. ul. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy.
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Budżetowy Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Gminy B. , (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P. B. o. K. –L. Spółka Jawna, ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1 Zasądza od zamawiającego - **Zakład Budżetowy Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Gminy B., (...)** na rzecz wykonawcy **P. B. o. K.-L. Spółka Jawna, (...)** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1494/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Budżetowy Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Gminy B. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego nr ZB-T.7013,1.2017 na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej na odcinku C. W. – G.” w ramach zadania pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w gminie B. - obszar C”.

Odwołujący/Wykonawca: P. B. O. K. – L. sp. jawna z siedzibą w G. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania. Zamawiający, w odpowiedzi na wyjaśnienia, odrzucił ofertę Wykonawcy wskazując jako przyczynę, cyt. „Po przeanalizowaniu dokumentów Zamawiający stwierdził budzącą wątpliwość niespójność w złożonych dokumentach. Ponadto z przeprowadzonej analizy przyjętych cen materiałów, zwłaszcza kruszyw wynika, że ich cena znacząco odbiega od średnich cen S.. W przedstawionych wyjaśnieniach brak jest informacji i dowodów, że oferent mógłby nabyć je w cenach przedstawionych w kosztorysie”

Oferta Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Wykonawca nie zgadza się z decyzją Zamawiającego.

Wykonawca posiada interes prawny ponieważ wg kryterium oceny ofert przyjętych SIWZ, oferta Wykonawcy jest dla Zamawiającego najkorzystniejsza.

Wykonawca zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7. ust. 1 ustawy PZP W związku z powyższym Wykonawca wnosi o:

1. unieważnienie czynności związanej z odrzuceniem oferty Wykonawcy;
2. ponowne zbadanie ofert i wybranie najkorzystniejszej;

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Wykonawca złożył ważną ofertę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZB-T.7013.1.2017 w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej na odcinku C. W.- G.” w ramach zadania pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w gminie B. - obszar C”.

Podczas sesji otwarcia ofert w dniu 13.06.2017 r. Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 500 000,00 zł brutto. Wykonawca zaoferował wykonanie zadania za kwotę 1 876 980,00 zł brutto. (Informacja z sesji otwarcia ofert stanowi załącznik Nr 1 do odwołania).

W dniu 19.06.2017r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, (załącznik Nr 2)

W dniu 20.06.2017r. Wykonawca złożył w ramach wyjaśnienia kosztorys ofertowy w formie uproszczonej zawierający zastosowaną stawkę roboczogodziny, koszty zakupu, koszty pośrednie i zysk wraz z zestawieniem cen materiałów i sprzętu (załącznik Nr 3) Do pisma dołączona została również oferta Podwykonawcy na dostawę i montaż przepompowni ścieków w celu uwiarygodnienia najbardziej kosztownego zakupu na wykonanie tego zadania,

W dniu 04.07.2017r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia kosztorysu szczegółowego i zestawienia robocizny (załącznik Nr 4)

W dniu 06.07.2017r. Wykonawca złożył w ramach wyjaśnienia kosztorys ofertowy w formie szczegółowej wraz z zestawieniem robocizny w rozbiciu na poszczególne zawody (załącznik Nr 5).

W dniu 06,07.2017r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności pomiędzy kosztorysem uproszczonym, a szczegółowym w poszczególnych pozycjach, (załącznik Nr 6)

W dniu 10.07.2017r. Wykonawca złożył wyjaśnienie (załącznik Nr 7)

Kosztorys w formie uproszczonej nie zawierał zestawienia robocizny dla poszczególnych zawodów ponieważ zastosowana stawka roboczogodziny była jednakowa dla wszystkich zawodów, zawierał tzw. robociznę scaloną. W celu wykonania kosztorysu szczegółowego na bazie kosztorysu uproszczonego zaszła konieczność przywrócenia w programie do kosztorysowania opisów katalogowych poszczególnych pozycji, a to spowodowało, że obliczona wartość w wielu pozycjach różniła się od wartości w kosztorysie uproszczonym. W związku z tym zostały wprowadzone korekty w obliczeniu ceny dla zachowania oferowanej wartości zadania. Kosztorys ten szczegółowo określa wszystkie czynności i ich składniki jakie należy wykonać w ramach zadania oraz wykazuje ich szczegółową wartość. Wykonawca w swoim piśmie wniósł do Zamawiającego aby dla sprawdzenia czy oferowana cena stanowi „rażąco niską cenę” posłużył się tym kosztorysem.

W dniu 13.07.2017 r. Zamawiający powiadomił Wykonawcę o odrzuceniu jego oferty(zał. 9) Wnioski z w/w korespondencji w kontekście art. 7, ust. 1 ustawy PZP - zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców:

1. Wykonawca złożył ofertę o 376 980,00 zł wyższą od wartości zamówienia oszacowanego przez Zamawiającego, a oferta jego została odrzucona z powodu „rażąco niskiej ceny”,

2. Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy nie sprawdził dokładnie kosztorysu szczegółowego z którego wynika, do czego poszczególne kruszywa zostaną użyte, tj.

- żwirek filtracyjny w cenie 63,00zł/m³ jako podłoże pod kanały kanalizacji grawitacyjnej gdzie może wystąpić woda gruntowa i zajdzie konieczność ułożenia drenażu na czas prowadzenia robót, (cena rynkowa - mieszanka 0-31,5 - 21,00zł/t=37,80zł/m³)

- żwir - podkład pod kanały rurowe w cenie 42,00 zł/m³ jako podsypka pod rurociągi tłoczne, (cena rynkowa 6,00zł/t = 10,80zł/m³)

- pospółka - podbudowa warstwa dolna w cenie 88,00 zł/m³ jako podbudowa pod drogi gruntowe, (cena rynkowa - mieszanka 0-31,5 - 21,00zł/t=37,80zł/m³)

- pospółka w cenie 30,91 zł/m³ jako podsypka pod studnie kanalizacyjne z tworzywa sztucznego, (cena rynkowa 6,00zł/t = 10,80zł/m³),
- piasek filtracyjny w cenie 36,00 zł/m³ jako podsypka pod kanały rurowe w gruncie suchym, (cena rynkowa 6,00zł/t = 10,80zł/m³)
- piasek podsypka - pod P. w cenie 48,00 zł/m³, (cena rynkowa 6,00zł/t = 10,80zł/m³)

3. Zamawiający pomimo przedłużenia okresu związania z ofertą nie zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie zastosowania kruszyw i udowodnienia ich ceny,

4. Zamawiający, w celu udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, powinien w pierwszym swoim wezwaniu określić, że żąda udowodnienia cen jednostkowych wszystkich materiałów oraz pracy sprzętu,

5. Wykonawca był przekonany, że ocenę kosztorysu i wyceny robót dokonuje osoba kompetentna w dziedzinie budownictwa, stąd nie przedkładał w swoich wyjaśnieniach, dowodów na możliwość zakupu poszczególnych materiałów, a jedynie udowodnił zakup urządzeń (przepompowni),

6. Paradoksem jest to, że oferta innego oferenta, która zawiera niższą cenę została przez Zamawiającego przyjęta i, jego zdaniem, nie stanowi rażąco niskiej ceny.

7. Paradoks opisany w pkt. 6 został potwierdzony pismem otrzymanym drogą e-mailową w dniu 17.07.2017 o godz. 13.50 tuż przed wysłaniem drogą kurierską niniejszego odwołania. (załącznik Nr 12)

Istotnym, w postępowaniu tym, jest fakt, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową oraz to, że kosztorys ofertowy nie stanowił treści złożonej oferty ponieważ na etapie złożenia ofert nie był wymagany.

Mając powyższe na uwadze wnosi, jak na wstępie.

Załączniki: wskazane w uzasadnieniu oraz SIWZ jako załącznik Nr 10 i oferta na zakup kruszyw dla innej inwestycji z tego rejonu jako załącznik nr 11.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Zakwestionował stanowisko odwołującego podnosząc, że żądania są pozbawione uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy oraz nie zostały udowodnione.

Przypomniał, że w toku procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy pzp nie poprzestał na jednokrotnym wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie art. 90 ust. 1 pkt 1 – 5).

Zamawiający stwierdził, że otrzymawszy wyjaśnienia lakoniczne (a raczej brak wyjaśnień zastąpiony uproszczonym kosztorysem) dwukrotnie prosił wykonawcę o doprecyzowanie wyjaśnień. Zamawiający usiłował umożliwić odwołującemu na rzetelne udowodnienie, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób właściwy, pomimo, iż w orzecznictwie

przyjmuje się, że „prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy” (KIO 525/14). Ponadto „Zamawiający nie musi wielokrotnie wzywać do wyjaśnień (wykonawcy), który od początku składa wyjaśnienia ogólnikowe, wymijające i nieprzekonujące, ale powinien wysłuchać wykonawcy, który składa wyjaśnienia sumiennie – dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy zamawiający nie zadaje konkretnych pytań” (KIO 785/14). Wskazał też na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów złożonych na pierwsze wezwanie. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie rozwiązał jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, ciężaru dowodu (opinia prawna UZP).

W toku postępowania odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy czy też kosztów pracy. Takie okoliczności nie wynikały z kosztorysów przedkładanych na wezwanie zamawiającego. Dopiero na etapie postępowania odwoławczego odwołujący wskazuje, iż przyczyną zaoferowania takiej, a nie inne ceny są niezwykle korzystne stawki zakupu kruszyw, do których posiada on dostęp.

Odnosząc się do takiej argumentacji zamawiający podnosi, że na etapie postępowania odwoławczego Izba nie może badać nowych argumentów oraz dowodów, których wykonawca nie przedstawił na wezwanie zamawiającego. Izba bada bowiem jedynie, czy dokonana przez zamawiającego ocena złożonych dotychczas przez wykonawcę wyjaśnień była prawidłowa czy też nie. Ponadto przedstawiona faktura pro forma nie stanowi wiarygodnego dowodu na dostęp wykonawcy do źródła tanich kruszyw. Dokument przedstawiony dotyczy innej inwestycji, zlokalizowanej dwukrotnie bliżej wytwórni kruszyw aniżeli miejsce wykonania przedmiotowego zamówienia.

Reasumując zamawiający stwierdził, że pomimo trzykrotnych wezwań odwołujący nie zdołał przedstawić dowodów przemawiających za możliwością zaoferowania przez niego ceny niższej o 37,62% od wartości zamówienia. Złożenie dodatkowych dowodów zakresie

prawidłowości kalkulacji dopiero przed Izłą należałoby uznać za spóźnione, gdyż takie dokumenty powinny zostać przedstawione zamawiającemu na jego wezwanie.

Postępowanie odwoławcze służy weryfikacji działań i zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego i zainteresowanych postępowaniem wykonawców.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawca Przedsiębiorstwo T.-S. B. „P.” A. P. z siedzibą w L. W. wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że uznanie oferty wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę nie wynika tylko i wyłącznie z wysokości podanej w ofercie ceny, a z tego, iż wykonawca, mimo wezwania zamawiającego, nie wyjaśnił w sposób należyty, w jaki sposób cena została przez niego ustalona, co z kolei pozwalałoby zamawiającemu na weryfikację jej wysokości.

Wykonawca nienależycie wywiązał się z obowiązku złożenia wyjaśnień, w związku z czym oferta słusznie uznana została za zawierającą rażąco niską cenę.

Przystępujący zauważa, iż odwołujący zarzuca zamawiającemu, iż ten nie dążył do uzyskania od wykonawcy pełnych wyjaśnień przez kierowanie do niego zobowiązań, jednakże takie stanowisko wykonawcy jest błędne, gdyż to nie zamawiający ma obowiązek poszukiwania wyjaśnienia oferty, lecz to właśnie wykonawca zobowiązany jest do przedstawiania na żądanie zamawiającego wyczerpujących, kompletnych i jasnych wyjaśnień co do złożonej oferty.

Wskazał na orzeczenie KIO 340/17, zgodnie z którym „wyjaśnienia składane w przedmiocie rażąco niskiej ceny mają istotne (rozstrzygające) znaczenie dla stwierdzenia, czy cena ma charakter rażąco niski czy też rynkowy, stąd też za niewłaściwe należy uznać takie praktyki wykonawców, którzy w sposób formalny odpowiadają na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Wykonawca, na którym spoczywa ciężar udowodnienia, że cena ma charakter realny winien przedstawić wyjaśnienia, które nie budzą wątpliwości, a w sposób kompleksowy pokazują metodykę budowania ceny oferty i uwzględniania kosztów na określonym poziomie.”

W KIO 2046/16 wskazano, że „w wyniku postępowania, w którym zasadniczym elementem cenotwórczym są koszty osobowe, wyjaśnienia jakich należy oczekiwać od wykonawcy powinny umożliwić stwierdzenie przez zamawiającego, że uwzględniono wszystkie istotne czynniki mogące mieć znaczenie dla ustalenia, że cena nie jest rażąco niska. Zamawiający w momencie wezwania nie ma bowiem żadnej dodatkowej wiedzy, co do założeń wykonawcy, które mogłyby stanowić źródło niepokoju co do efektu końcowego prac świadczonych według przyjętej stawki. Wykonawca zatem powinien dołożyć należytej

staranności oczekiwanej od profesjonalisty i w sposób czytelny wykazać rzetelność kalkulacji ceny ofertowej, umożliwiającej należyte wykonanie usługi. Wyjaśnienia, które nie obejmują całości kosztów wykonawcy, nie mogą być uznane za prawidłowe.”

W świetle powyższego, jak stwierdza przystępujący, za nieprawidłowe uznać należy oczekiwanie wykonawcy na dalsze zobowiązanie ze strony zamawiającego do wyjaśnienia zastosowania kruszyw i udowodnienia ich ceny, gdyż wykonawca powinien to uczynić już w pierwszym wyjaśnieniu, podczas gdy żądane przez zamawiającego informacje wykonawca przekazał wybiórczo i szcątkowo, licząc na to, że albo okażą się one dla zamawiającego wystarczające, albo zamawiający będzie wzywał do dalszych wyjaśnień.

Co więcej, niedopuszczalne jest, aby wykonawca braki w zakresie udzielonych w toku przetargu zamawiającemu wyjaśnień korygował obecnie na etapie postępowania odwoławczego (por. załącznik nr 11 do odwołania).

Powołał wyrok KIO 297/17 „złożenie dodatkowych dowodów przez wykonawcę w zakresie prawidłowości kalkulacji oferty dopiero przed KIO na rozprawie należałoby uznać za spóźnione. Taki dokumenty powinny zostać przedstawione zamawiającemu na jego wezwanie. To bowiem zamawiającemu należy dowieść prawidłowości oceny działań zamawiającego. Prowadzone postępowanie odwoławcze służy weryfikacji działań i zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego i zainteresowanych postępowaniem wykonawców. Krajowa Izba Odwoławcza nie zastępuje zamawiającego. Tym samym prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej wykonawcy nie mogłyby potwierdzać jakiegokolwiek dokumenty załączone do pisemnych stanowisk, czy też złożone na rozprawie.”

Załącznik nr 11 i tak nie prezentuje waloru dowodowego, gdyż jest to jedynie faktura pro forma, a do tego, jak wskazuje sam wykonawca, jest to tylko oferta zakupu kruszyw „dla innej inwestycji z tego rejonu.”

Odnosnie wskazania przez odwołującego, że cena wybranego wykonawcy jest niższa od ceny ofertowej odwołującego przystępujący wskazał, że udzielił wyczerpujący i wiarygodnych wyjaśnień co do szczegółów oferty i w ich świetle zamawiający słusznie uznał ofertę za prawidłową, nieposiadającą rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z wyrokiem KIO 311/17 „ocenę czy zaoferowana cena jest rażąco niska należy odnosić nie do cen innych ofert, ale do kosztów, które dany wykonawca musi ponieść, aby zamówienie wykonać. Dlatego też tak ważne jest wykazanie w oparciu o dowody, iż suma wszystkich wskazanych kosztów zamknie się w cenie ofertowej. Jeśli wezwany wykonawca tego nie wykaże, to jego obciąża ryzyko niezachowania wystarczającej staranności w udzieleniu odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, a skutkiem tego jest zazwyczaj odrzucenie jego oferty, gdyż nie obalił domniemania w tym zakresie.”

Co więcej, zgodnie z wyrokiem KIO 460/17 „w trybie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie jest istotne odnoszenie się do ofert innych podmiotów, które prowadząc własną politykę cenową, kalkulując własne koszty i zakładany zysk, prezentują również indywidualną, subiektywną kalkulację ceny ofertowej. Fakt zatem zaoferowania wyższych cen przez konkurentów, nie jest jeszcze dowodem na złożenie ceny rażąco niskiej w najtańszej, spośród złożonych ofert. Postępowanie wyjaśniające prowadzone przez zamawiającego ma na celu wyłącznie ustalenie, czy oferta znacząco odbiegająca od cen pozostałych ofert oraz szacowanych przez zamawiającego kosztów, jest nadal ceną realną umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych i z zyskiem. Wykonawca powinien zatem wykazać, jakie czynniki decydowały o kalkulacji kosztów, jak również to, iż znajdowały one uzasadnienie w obiektywnych okolicznościach, np. związanych z kosztami pracy specjalistów, jako zasadniczego elementu prac projektowych”.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie z zawartą w nim argumentacją.

Wskazał na treść złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, w tym kosztorys uproszczony obejmujący roboty w technologii umożliwiającej oszczędności w robociźnie i sprzęcie (szalunki bez potrzeby kafarowania). Kolejne wyjaśnienie z dnia 5 lipca 2017 r. na wezwanie Zamawiającego zawierało szczegółowy kosztorys z uwzględnieniem stawek robocizny materiału i sprzętu. W odróżnieniu od poprzedniego kosztorysu, gdzie zastosowano scaloną stawkę robocizny, stawka robocizny została zróżnicowana. Cena finalna z kosztorysów nie uległa zmianie.

Złożył opracowane przez siebie zestawienie porównawcze stawek kalkulacji oferty własnej i wybranej, a także zestawienie materiałów i zestawienie sprzętu oferty własnej i wybranej z uwzględnieniem cen minimalnych i maksymalnych E.. Wskazał, że w zestawieniu materiałów kruszywo to pozycje 4 do 8 oraz 13 i 14. Wskazując przedstawione zestawienia zauważył, że szereg elementów kalkulacyjnych w ofercie wybranej jest znacząco niżej wyceniony, w szczególności dotyczy to materiałów i sprzętu. Pomimo tego nie ocenił oferty konkurencyjnej, jako zawierającą rażąco niską cenę. Oceniał wyjaśnienia Przystępującego dotyczące zaoferowanej ceny (pismo z dnia 22 czerwca 2017) za ogólnikowe i niespójne. Wskazał, że w piśmie wskazano na koszty pośrednie wysokości 35 %, co jest niezgodne z załączonym kosztorysem, gdzie w kosztorysie wstawiono 30 %. Zauważył, że w piśmie jest brak informacji o konkretnej kwocie uzyskanej pomocy publicznej z urzędu pracy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nierówno traktował wykonawców naruszając art. 7 ustawy PZP. Wskazał, że w złożonym kosztorysie (pismo z dnia 5 lipca 2017 r.) wyraźnie zaznaczył wybrane oszczędne metody wykonania prac w pozycji 9, 10, 11 oraz 29.

Zauważył także, iż sam Zamawiający potwierdził możliwość pozyskania kruszywa na rynku lokalnym po niższych cenach. A cena ta była jedną z podstaw odrzucenia oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w odpowiedzi. Zauważył, że nastąpiły formalne przesłanki żądania wyjaśnień z uwagi na relacje ceny ofertowej do wartości zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie otrzymał uproszczony kosztorys ofertowy i ofertę producenta przepompowni. Przedstawił wątpliwości, co do przyjętej przez wykonawcę odmiennej zamienniej zakładanej przez projektanta technologii wykonania wykopów. Podał w wątpliwość wartość dowodową złożonych na rozprawie zestawień porównawczych. Zauważył, że przedstawiono porównanie 14 pozycji materiałowych wobec 85 ogółem. Nadto Odwołujący sporządził porównanie 12 pozycji sprzętowych spośród 32 przewidzianych do realizacji. Stwierdził także, iż sam kupuje piasek w cenie, co najmniej 3 krotnie niższej niż wskazano w ofercie konkurentów. Wskazał na treść wyjaśnień Przystępującego zauważając opis korzystnych warunków cenowych uzyskania kruszyw oraz zawarcie umowy z urzędem pracy na częściową refundację wynagrodzeń. Stwierdził, że miał podstawę odrzucenia oferty po otrzymaniu 1 odpowiedzi, której nie przedstawiono wyjaśnień, lecz kosztorys. Zauważył, że kolejny kosztorys zawiera szereg rozbieżności w stosunku do pierwszego. Wskazał na różnicę wartości pozycji 1 - roboty ziemne 286 227,11 zł wobec 285 807,66 zł. Stwierdził, że dokonał porównania otrzymanych kosztorysów w tym od 1 do pozycji 53 i stwierdził rozbieżności w pozycjach: 1, 2, 4-6, 9, -13, 21, 22, 24-29, 31, 32, 40, 41, 46, 47, 50, 51, 52, 53.

Wyjaśnił, że wskazane różnice były powodem wystosowania kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień. Reasumując stwierdził, że wykonawca nie obalił domniemania oferowanej ceny rażąco niskiej i nie przedstawił przekonujących wyjaśnień oraz dowodów tym zakresie.

Podał wątpliwość dowód numer 11 z odwołania dotyczący ceny kruszywa wskazując, że miejsce dostawy wskazane fakturze proforma jest znacznie bliższe.

Przystępujący podzielił w pełni stanowisko Zamawiającego jak i własne przedstawione w piśmie. Zauważył, że sam również składał wyjaśnienia Zamawiającemu wraz dowodami. Przypomniał różnice w kosztorysach składanych przez Odwołującego. Wskazał na ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ocenił decyzję Zamawiającego jako prawidłową.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się treść złożonych ofert oraz wyjaśnienia wykonawców dotyczące wysokości zaoferowanych cen, jak również stanowiska stron i

przystępującego do postępowania odwoławczego, przedstawione na piśmie oraz 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 interes w ubieganiu się o udzielenie mu zamówienia i ewentualnie jego realizacji.

Przedmiotem rozpoznania jest czynność odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego.

Decyzję o unieważnieniu postępowania zamawiający argumentował następująco: „/.../działając na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp, odrzuca Państwa ofertę.

Zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 1 i 1a, zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny Państwa oferty. Oferent w swojej odpowiedzi z dnia 20.06.2017 r. udzielił wyjaśnień w sposób nieczytelny i niepozwalający na prawidłową weryfikację zaniżonej ceny oferty. Wykonawca nie przedstawił kosztorysu szczegółowego z wyszczególnioną m.in. stawką roboczogodziny, którą przyjął do kalkulacji. Po czym na prośbę zamawiającego o przedstawienie kosztorysu szczegółowego, wykonawca przedstawił w dniu 5.07.2017 r. kosztorys szczegółowy. Po przeanalizowaniu dokumentów Zamawiający stwierdził budzącą wątpliwość niespójność w złożonych dokumentach. Ponadto z przeprowadzonej analizy przyjętych cen materiałów, zwłaszcza kruszyw wynika, że ich cena znacząco odbiega od średnich cen S.. W przedstawionych wyjaśnieniach brak jest informacji i dowodów, że oferent mógłby nabyć je w cenach przedstawionych w kosztorysie.

W związku z powyższym Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy odrzuca Państwa ofertę z przedmiotowego postępowania.”

Niesporne jest, że w wyniku wezwania wykonawcy przez zamawiającego, który zasadnie zastosował art. 90 ust. 1 ustawy pzp, wykonawca przedstawił kosztorys ofertowy /uproszczony/ z cenami jednostkowymi materiałów oraz sprzętu i przyjętą stawką robocizny 14,50 zł/g oraz ofertą producenta przepompowni ścieków. Powyższe opatrzył swoją oceną, że wycena przedmiotowego zakresu robót została wykonana prawidłowo i nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W kolejnym piśmie zamawiający wezwał do przedstawienia kosztorysu szczegółowego i zestawienia robocizny. Po otrzymaniu żądanych dokumentów dnia 6 lipca 2017 r. zamawiający stwierdził, że wartości poszczególnych pozycji w kosztorysie szczegółowym znacząco odbiegają od wartości analogicznych pozycji kosztorysu uproszczonego. Wskazał

też na różnice wartości zestawień materiałów, a szczególnie sprzętu. Prosił o wyjaśnienie rozbieżności.

W odpowiedzi wykonawca wyjaśniał, że w celu obliczenia wartości ryczałtowej (taka przewidziana jest w niniejszym postępowaniu) posłużył się przedmiarem z siwz i utworzył kosztorys uproszczony zawierający w każdej pozycji robociznę scaloną tj. bez rozbicia na zawody. Kosztorys wykonano w oparciu o podstawy podane w przedmiarze robót.

Wobec wezwania do złożenia kosztorysu szczegółowego z zestawieniem robocizny wprowadził w części pozycji zmiany podstawy wyceny oraz kalkulacje indywidualne dopuszczone R. XVII, 6.6 siwz, dostosowując je do planowanej technologii realizacji. Wartość ryczałtowa przedmiotu zamówienia nie uległa zmianie.

Skład orzekający Izby oceniając przedstawione i wyżej pokrótce opisane zdarzenia zauważa, że, co niesporne, na wykonawcy spoczywa przedstawienie dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i co do zasady, wyjaśnienie w tej kwestii przedstawione powinno być w całości w ramach jednej czynności. Taką czynnością było złożenie przez wykonawcę kosztorysu uproszczonego na pierwsze wezwanie. W tym miejscu należy zauważyć, że zamawiający nie wskazał, jakie elementy tego kosztorysu, lub cały dokument są wadliwe i nie mogą być uznane za potwierdzające realność zaoferowanej ceny, pomimo iż zasadność czynności odrzucenia oferty na tym etapie zadeklarował jako uzasadnioną.

Jest okolicznością naturalną, że w zależności od przyjętej metody kalkulacji, zwłaszcza przy dopuszczeniu kalkulacji indywidualnej, a tym bardziej przy założeniu ceny ryczałtowej, możliwe są różne wyceny niektórych elementów robót, a także umiejscowienia czynników cenotwórczych powodujące różnice elementów składowych. Samo w sobie nie dyskwalifikuje to dokonanej wyceny i nie musi prowadzić do wniosku o rażąco niskiej wycenie. Taki wniosek mógłby być wyciągnięty, o ile zostałyby uzasadnione co do nierealności wyceny lub popełnionego błędu.

Należy przypomnieć, że czynność odrzucenia oferty wymaga, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, wskazania powodów odrzucenia oferty z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. W decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał na niespójność w złożonych dokumentach (z kontekstu wynika, że w kosztorysie uproszczonym i szczegółowym), a ponadto odbieganie ceny materiałów, zwłaszcza kruszyw od średnich cen S.. Pozostały okoliczności faktyczne przedstawione przez zamawiającego są stwierdzeniami o nieczytelności i niemożności weryfikacji ceny bez wskazania, na czym te braki polegały. Niewątpliwie nie chodziło o nieczytelność w sensie powszechnie rozumianym jako niemożliwość odczytania znaków graficznych. Natomiast brak jest wskazania, jakie informacje były niezrozumiałe, niejasne czy nieczytelne. W odniesieniu do jednego

konkretnego zarzutu zamawiającego w zakresie zaniżonej wyceny materiałów, w szczególności kruszywa, postępowanie dowodowe wykazało realność wyceny tego elementu, co potwierdziło także stanowisko zamawiającego i przystępującego.

W związku z powyższym, wobec uogólnionego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, nieuzasadnione jest zarzucanie odwołującemu, że toku postępowania odwoławczego przedstawia dowody związane ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w decyzji.

W takim stanie postępowania uznano, że odrzucenie oferty odwołującego było niezasadne z uwagi na ustalone okoliczności zarówno faktyczne jak i prawne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: