

Sygn. akt: KIO 1935/12

WYROK
z dnia 27 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2012 r. przez wykonawcę **Bal-Bud sp. z o.o. w Łąncucie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Leżajsk**

przy udziale wykonawcy **J..... R.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **J..... R....., F.H.U.P Domrex w Białobrzegach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Bal-Bud sp. z o.o. w Łąncucie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bal-Bud sp. z o.o. w Łąncucie** 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 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miast Leżajsk prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Rozbudowa i modernizacja Miejskiego Centrum Kultury w Leżajsku niezbędnym czynnikiem rozwoju kulturowego i turystycznego w regionie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 sierpnia 2012 r., poz. 285026. W dniu 12 września 2012 r. zamawiający za pośrednictwem faksu zawiadomił wykonawcę Bal-Bud sp. z o.o. w Łańcucie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę J..... R....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J..... R....., F.H.U.P Domrex w Białobrzegach.

Wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty a także wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawca Bal-Bud sp. z o.o. w Łańcucie, zwany dalej „odwołującym” wniósł w dniu 12 września 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji zachodzi podstawa do odrzucenia oferty,
- 2) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego nastąpiło odrzucenie oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który zaproponował cenę wyższą od odwołującego, przy jedynym kryterium oceny w postaci najniższej ceny,
- 3) przepisu art. 92 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, który zaoferował cenę wyższą od ceny zaoferowanej przez odwołującego, a jedynym kryterium wyboru ofert jest najkorzystniejsza cena.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że nie zgadza się z czynnością zamawiającego polegającą na odrzuceniu złożonej przez siebie oferty. Wskazał, że w określonym terminie udzielił odpowiedzi, w której szczegółowo odniósł się do wątpliwości zamawiającego oraz przedstawił racjonalne wytłumaczenie sposobu skalkulowania ceny. Wskazał, że w zakresie cen jednostkowych zawartych w ofercie dotyczących materiałów budowlanych kalkulacja cen została dokonana po rozeznaniu rynkowym wysokości cen u stałych dostawców hurtowych materiałów budowlanych, z którymi odwołujący się współpracuje od wielu lat zakupując znaczne ilości materiałów. Z tej racji oferowane przez dostawców materiałów ceny zawierają znaczne rabaty i upusty cenowe względem cen katalogowych oferowanych innym potencjalnym odbiorcom tychże materiałów. Dla wykazania, iż odwołujący dysponuje ofertami cenowymi przedstawiono ofertę hurtowni materiałów budowlanych - Stal Rol sp. j. z Czarnej z dnia 20.08.2012 r., która odnosiła się do wszystkich materiałów budowlanych. Kwestia, czy osoba która podpisała ww. ofertę była uprawniona do reprezentowania tejże hurtowni nie ma znaczenia dla oceny sprawy. W imieniu hurtowni ofertę złożył stały przedstawiciel handlowy, który od wielu lat reprezentuje tą hurtownię i nigdy nie było wątpliwości, co do zakresu jego umocowania, w tym składanych oświadczeń w zakresie warunków cenowych, na jakich będą dostarczane materiały budowlane.

Odwołujący podniósł także, że wskazał w wyjaśnieniach, iż drewno niezbędne do wykonania prac budowlanych pozyska we własnym zakresie z własnego lasu. W wyjaśnieniach wskazano, iż odwołujący otrzymał dotację z Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w kwocie 177.899,50 zł która została przeznaczona na zakup sprzętu budowlanego. W ramach dotacji zakupiono wszelki sprzęt budowlany niezbędny do realizacji zadania. Zdaniem odwołującego wyjaśnienia w tym zakresie są jednoznaczne i precyzyjnie informują, bez potrzeby enumeratywnego wyliczania, iż odwołujący się zakupił wszelki sprzęt budowlany niezbędny do małej budowy, jaką jest inwestycja planowana przez zamawiającego.

Odwołujący, powołując się na poglądy wynikające z przytoczonych przez siebie orzeczeń wywodził, że zamawiający dokonując oceny, czy ma do czynienia z ceną „rażąco niską” nie może poprzestawać tylko na dokonywanych przez siebie obliczeniach arytmetycznych. W analizowanej sprawie różnica między ceną odwołującego, a ceną drugiego oferenta wynosi 17%, oraz jest niższa o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. Oparcie się przez zamawiającego jedynie na założeniu, że cena zaoferowana przez odwołującego jest „ceną rażąco niską”, bowiem jest ona niższa o 20% wartości szacunkowej zamówienia, jest niewystarczające. W stosunku do pozostałych ofert różnica cenowa wynosi kilkanaście procent i zdaniem odwołującego można mówić o cenie konkurencyjnej, która z definicji jest ceną niższą od pozostałych.

Odwołujący wywodził również, iż dla oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy badać cenę globalną, a nie jej wyodrębnione elementy, np. ceny jednostkowe, pozycje asortymentowe. Zdaniem odwołującego wykonawca nie musi w taki sposób wycisnąć cen jednostkowych, aby w każdej z tych cen zapewnić rentowność. Istotne jest, aby cena całkowita oferty za przedmiot zamówienia, pokrywała koszty realizacji usługi budowlanej oraz zapewniała wykonawcy nawet minimalny poziom zysku. Żądanie wyjaśnień w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest prawidłowym przeprowadzeniem procedury wyjaśniania ceny oferty w oparciu o wskazania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia lub wykluczenia rażąco niskiej ceny oferty. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające jedynie, co do części oferty ograniczające się do wskazanych niektórych grup pozycji kosztorysu ofertowego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 19 września 2012 r., w której wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Również przystępujący – wykonawca J..... R..... złożył pismo procesowe, w którym domagał się oddalenia odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego Bal-Bud do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia złożone przez odwołującego Bal-Bud sp. z o.o., pismo zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania kierowane do odwołującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego

zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy, w sytuacji gdy oferta wybrana przez zamawiającego na podstawie kryterium oceny ofert jest ofertą od niej mniej korzystną prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności odrzucenia i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy wykazuje cechy wynagrodzenia kosztorysowego, gdyż rozliczenie robót następować będzie na podstawie faktycznie wykonanych ilości robót wynikających z dokonanych obmiarów i cen jednostkowych robót, określonych w formularzach cenowych (...) (§7 ust. 1 i ust. 3 wzoru umowy).

Zamawiający na sfinansowanie przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 3.510.000 zł brutto. Do upływu terminu składania złożono 6 ofert:

- 1) oferta odwołującego Bal-Bud z ceną brutto 2.799.750,66 zł,
- 2) oferta wykonawcy M&K z ceną brutto 3.340.236,35 zł,
- 3) oferta wykonawcy F.H.U.P. Domrex J.....R..... z ceną brutto 3.350.298,49 zł,
- 4) oferta wykonawcy Iglobud Leżajsk, J..... S..... s.j. z ceną brutto 3.556.584,42 zł,
- 5) oferta wykonawcy Skanska S.A. z ceną brutto 3.986.954,91 zł,
- 6) oferta wykonawców F.R.-B. Balbud i PUH Elektrobud-Instal z ceną brutto 4.097.559,26 zł.

Ustalono nadto, że odwołujący oszacował koszt materiałów budowlanych na kwotę 1.373.539,36 zł netto. Według szacunkowej wartości zamówienia koszt materiałów budowlanych, które miały zostać użyte w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia wynosił 1.859.540,71 zł netto. Wycena została ustalona przez zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego w maju 2012 r. W ofercie najkorzystniejszej przystępujący F.H.U.P. Domrex J..... R..... wycenił niezbędne materiały na kwotę 1.876.166,32 zł netto, a w kolejnych niepodlegających odrzuceniu ofertach materiały wyceniono na kwoty odpowiednio: 1.824.252,38 zł netto, 1.913.154,70 zł netto, 1.946.261,67 zł netto.

Założony przez odwołującego zysk na inwestycji wynosił 86.383,26 zł.

Zamawiający po analizie złożonych ofert wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że wymagał aby do oferty dołączona została między innymi informacja o planowanych do wbudowania w sali widowiskowo-kinowej fotelach. Dołączono do oferty informację tylko o materiale tapicerskim „SIC Suedine”, oraz „że fotele posiadają wszystkie badania i atesty”. Zamawiający zwrócił się o podanie producenta i typu proponowanego fotela do sali widowiskowo-kinowej.

Ponadto zamawiający wskazał, że oferta złożona przez odwołującego Bal-Bud może zawierać rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wątpliwości budzą ceny materiałów zastosowane do wyceny robót, między innymi następujących materiałów:

1. bali iglastych klasy III - 333,33 zł/m³
2. bali iglastych klasy II - 357,13 zł/m³
3. belek drewnianych stropowych o wym. 16x22 cm - 428,55 zł
4. betonu B-I 5-99,04 zł/m³
5. betonu B-20-102,86 zł/m³
6. blachy powlekanej i blacho dachówki powlekanej z wymaganą w specyfikacji powłoką-14,82 zł/m³
7. cementu -214,28zJ/t
8. desek obrzynanych - 333,33 zł/m³
9. deszczółek posadzkowych litych ki. I gr. 22 mm - 40,09 zł/m²
10. deszczółek posadzkowych litych gr. 25 mm - 33,34 zł/m²
11. farby silikonowej FS-ECOROCK - 7,62 zł/dm³
12. kostki brukowej kolorowej gr. 6 cm - 16,67 zł/m²
13. kostki białkowej kolorowej gr. 8 cm - 20,00 zł/m²
14. kostki brukowej szarej gr. 8 cm ~ 16,67 zł/m²
15. mieszanki betonowej - 109,52 zł/m³
16. obrzeży betonowych gr. 8 cm 4,29 zł/m
17. ościeżnic drewnianych - 38.10 zł/szt
18. paneli Decoplate pełne z profilami FIXAR ~ 176,19 zł/m²
19. paneli Perfoplate z perforacją okrągłą z profilami FIXAR - 195,25 zł/m²
20. płytek polerowanych 60 cm x 60 cm -- 38,10 zł/m²
21. płytek antypoślizgowych na schody zewnętrzne - 19,05 zł/m²
22. płyt dekoracyjnych Focus Flexiform wraz z konstrukcją - 290,47 zł/m²
23. płyt dekoracyjnych Focus Quadro wraz z konstrukcją- 280,94 zł/m²

24. płyt dekoracyjnych Ds. Alpha wraz z konstrukcją - 114,29 zł/m²
25. płyt dekoracyjnych Ds. Gamma wraz z konstrukcją - 100,00 zł/m²
26. płyt gipsowo-kartonowych gr. 12,5 mm - 3,34 zł/m²
27. płyt styropianowych gr. 10 cm - 7,14 zł/m²
28. płyt styropianowych gr. 5 cm - 3,34 zł/m²
29. płyt styropianowych gr. 8 cm - 4,86 zł/m²
30. płyt z wełny mineralnej gr. 15 cm - 10,44 zł/m³
31. płyt z wełny mineralnej gr. 20 cm - 14,29 zł/m³
32. foteli do Sali widowiskowo - kinowej - 233,33 zł/szt
33. deski podłogowej struganej - 380,96 zł/m³
34. tłuźnia kamiennego - 16.67 zł/t
35. zaprawy cementowej M 12 - 100 zł/m³
36. zaprawy cementowo - wapiennej M 7 - 91,42 zł/m³
37. zestaw ECOROCK z tynkiem mineralnym - 14,29 zł/kpl.

Wskazał, że to tylko część materiałów, których ceny budzą wątpliwości zamawiającego. Udział tych materiałów w kosztach robót ogólnobudowlanych jest bardzo istotny i powoduje, że wycena dokonana przez odwołującego jest o ponad 20 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia i o około 17 % niższa od drugiej co ceny oferty złożonej w przetargu.

Zwrócił się zatem o udzielenie wyjaśnień zawierających obiektywne czynniki, w szczególności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla odwołującego oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej mu na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach (pismo z dnia 30 sierpnia 2012 r.) podniósł, co następuje. Proponowane przez niego fotele w sali widowiskowo - kinowej pochodzą od producentów foteli takich jak: Atman Seating Sp. z o.o., Audytoria.pl, Martela Sp. z o.o., Saks sp. z o.o. lub Algum. Kolor foteli będzie zgodny z oczekiwanym przez zamawiającego RAL 3001. Po wyborze oferty i zawarciu umowy odwołujący Bal-Bud przedstawi oferty kilku producentów foteli do wyboru przez zamawiającego takich cech jak kształt, układ siedzisk.

Wskazał na następując okoliczności mające wpływ na wysokość ceny.

- 1) kalkulacja cen została dokonana po rozeznaniu wysokości cen u stałych dostawców hurtowych materiałów budowlanych, z którymi odwołujący posiada stałe umowy handlowe i z którymi współpracuje od wielu lat zakupując znaczne ilości materiałów budowlanych. Z tej racji oferowane przez dostawców materiałów ceny zawierają znaczne rabaty i upusty cenowe względem cen katalogowych oferowanych innym potencjalnym odbiorcom tychże materiałów,

- 2) na wysokość cen jednostkowych w zakresie bali iglastych, desek, belek drewnianych, deszczulek ma wpływ to, iż odwołujący pozyskał drewno z własnego lasu i we własnym zakresie wykonana drewniane elementy budowlane,
- 3) w zakresie wysokości kosztów związanych z użyciem sprzętu budowlanego, które zostały określone przez wykonawcę na kwotę ok. 48.000 zł wpływ ma dotacja otrzymana z Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w kwocie 177.899,50 zł z przeznaczeniem na zakup sprzętu budowlanego. W ramach dotacji zakupiono wszelki sprzęt budowlany niezbędny do realizacji zadania,
- 4) część materiałów budowlanych planowanych do użycia na budowie wykonawca już zgromadził w magazynie. Są to materiały nieużyte w trakcie realizacji innych inwestycji i obejmują: kostkę brukowa, obrzeża, płytki, płyty styropianowe, płyty gips kartonowe, tłuźceń kamienny, zapasy cementowo - wapienne. Materiały te są zbędne, a kalkulując cenę jednostkową obniżono ich cenę ze względu na koszty składowania.

Do ww. pisma odwołujący Bal-Bud załączył oświadczenie z 20.08.2012 r. podpisane przez przedstawiciela handlowego Stal-Rol M..... sp.j. w Czarnej, stosownie do którego „w związku z długotrwałą współpracą z firmą Bal-Bud sp. z o.o. (...) udzielamy na inwestycję „Rozbudowa i modernizacja Miejskiego Centrum Kultury w Leżajsku niezbędnym (...)” rabatu w wysokości 30-40% na wybrane materiały budowlane.

Do pisma załączono także oświadczenie ARiMR w Rzeszowie nr P-7/136 z 24.09.2011 r. stosownie do którego odwołującemu Bal-Bud została przyznana dotacja w kwocie 177.899,50 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego zarzucając jej, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący wywodził zaś, że ta czynność zamawiającego nie była zasadna. Przechodząc do rozpoznania podniesionych przez odwołującego zarzutów w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że brak jest definicji legalnej ceny rażąco niskiej. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne i nie można ustalić ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. W orzecznictwie przyjmuje się natomiast, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Podzielono stanowisko wyrażone w wyroku SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest,

że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, oraz że rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Stanowisko takie podzielane było również w orzecznictwie Izby „Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartości. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09). Izba podziela pogląd, że oceny przesłanek zaoferowania rażąco niskiej ceny należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż „Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.”. (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08). Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak analogicznej definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Ponadto, stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*. Dostrzeżenia wymaga, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Domniemanie to upada z chwilą wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Z momentem wezwania to na wykonawcy spoczywa obowiązek ujawnienia czynników, które umożliwią zamawiającemu prawidłową weryfikację biorąc również pod uwagę wskazówki wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak:

oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienia za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być one poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co do konieczności złożenia przez wykonawcę wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień podzielono stanowisko wyrażane wcześniej w orzecznictwie. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06). „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 pzp”. (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej wymogów dot. konkretności, szczegółowości, umotywowania i precyzji nie spełniły wyjaśnienia, które odwołujący złożył zamawiającemu.

Wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za nazbyt ogólne, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności nie można się zgodzić z twierdzeniem odwołującego, że zamawiający sformułował zarzut rażąco niskiej ceny nie w stosunku do ceny ofertowej a do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Zamawiający w wezwaniu wskazał w sposób wyraźny, że całościowa wycena dokonana przez odwołującego w ofercie jest znacząco niższa zarówno od wartości szacunkowej zamówienia jak i od drugiej co do ceny oferty złożonej w przetargu. Zaś przyczyną zaniżenia ceny ofertowej brutto było zaniżenie cen oferowanych do wbudowania materiałów budowlanych. I to te okoliczności stanowiły podstawę do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Po drugie, dostrzec należy, że zgodnie z SIWZ przyjętym sposobem wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia będzie wynagrodzenie kosztorysowe. Zamawiający w tej sytuacji uprawniony jest do analizowania poszczególnych cen jednostkowych, o ile nie traci jednocześnie z pola widzenia globalnej ceny ofertowej brutto. W tym kontekście dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w wezwaniu wprawdzie wskazał 37 rodzajów materiałów budowlanych, których ceny wzbudziły jego szczególne wątpliwości. Jednakże na uwagę zasługiwał fakt, że wyliczenie to miało charakter przykładowy. Zamawiający wyraźnie bowiem w wezwaniu wskazał, że wyliczenie obejmuje tylko część materiałów, których ceny których budzą wątpliwości zamawiającego. Zasygnalizował także jaki skutek wywiera zaniżenie cen materiałów budowlanych na ogólną cenę ofertową.

Tak opisany zakres wezwania w ocenie Izby obligował odwołującego do wyjaśnienia zamawiającemu sposobu kalkulowania cen wszystkich materiałów budowlanych, ze szczegółowym uwzględnieniem wymienionych w wezwaniu 37 pozycji. Odwołujący tymczasem w wezwaniu odniósł się jedynie do kilku z 37 wymienionych pozycji, co oznacza że w stosunku do pozostałych pozycji kosztorysowych wykonawca w ogóle nie złożył wyjaśnień (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Ponadto w części złożonej, wyjaśnienia należało ocenić jako dalece niewystarczające.

Odwołujący w wezwaniu wymienił bowiem następujące okoliczności, które jego zdaniem wpłynęły na wysokość ceny.

- 1) wysokość ceny oferty nie odbiega od kosztorysów ofertowych występujących na wolnym rynku w zakresie robót tego rodzaju i technologii wykonania zadania zleconego przez zamawiającego, jak również, iż cena ta nie odbiega w sposób rażący od cen ofertowych, które pojawiają się w podobnych przetargach organizowanych na lokalnym rynku,

- 2) znaczne rabaty i upusty cenowe udzielane odwołującemu przez hurtownie materiałów budowlanych względem cen katalogowych oferowanych innym potencjalnym odbiorcom tychże materiałów,
- 3) na wysokość cen jednostkowych w zakresie bali iglastych, desek, belek drewnianych, deszczulek ma wpływ to, iż odwołujący pozyskał drewno z własnego lasu i we własnym zakresie wykonana drewniane elementy budowlane,
- 4) w zakresie wysokości kosztów związanych z użyciem sprzętu budowlanego, które zostały określone przez wykonawcę na kwotę ok. 48.000 zł wpływ ma dotacja otrzymana z Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w kwocie 177.899,50 zł z przeznaczeniem na zakup sprzętu budowlanego. W ramach dotacji zakupiono wszelki sprzęt budowlany niezbędny do realizacji zadania,
- 5) część materiałów budowlanych planowanych do użycia na budowie wykonawca już zgromadził w magazynie. Są to materiały niezużyte w trakcie realizacji innych inwestycji i obejmują: kostkę brukowa, obrzeża, płytki, płyty styropianowe, płyty gips kartonowe, tłuczeń kamienny, zapasy cementowo - wapienne. Materiały te są zbędne, a kalkulując cenę jednostkową obniżono ich cenę ze względu na koszty składowania.

Odnośnie pierwszej okoliczności należało zwrócić uwagę, iż oświadczenie wykonawcy stanowiło jedynie ogólne i gołosłowne zapewnienie o rzetelności skalkulowanej ceny, a nie czynnik o charakterze obiektywnym który umożliwił obniżenie ceny, a więc nie stanowiło wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny. Rolą wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Pzp jest rozwianie wątpliwości co do rzetelnego skalkulowania ceny, stąd one posiadać charakter konkretny i precyzyjny.

Tym niemniej nawet tak ogólne zapewnienie odwołującego budziło wątpliwości co do zgodności z rzeczywistością. Według szacunkowej wartości zamówienia koszt materiałów budowlanych, które miały zostać użyte w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia wynosił ok. 1.859.540,71 zł netto. Wycena ta była aktualna, albowiem została ustalona przez zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego w maju 2012 r. Ponadto oszacowany przez zamawiającego koszt materiałów potwierdził się w wycenach ofertowych dokonanych przez innych niż odwołujący wykonawców. Przykładowo w ofercie najkorzystniejszej przystępujący wycenił niezbędne materiały na kwotę 1.876.166,32 zł netto, a w kolejnych niepodlegających odrzuceniu ofertach materiały wyceniono na kwoty: 1.824.252,38 zł netto, 1.913.154,70 zł netto, 1.946.261,67 zł netto. A zatem pięć wycen, dokonywanych niezależnie od siebie przez 5 różnych podmiotów doprowadziło do relatywnie zbliżonej wyceny materiałów różniącej się niespełna o 100 tys. zł. Tymczasem odwołujący,

działający na tym samym rynku, oszacował koszt materiałów budowlanych na kwotę zaledwie 1.373.539,36 zł netto.

Zastanawiającym był również fakt, iż ceny jednostkowe tych samych materiałów budowlanych oferowane przez odwołującego temu samemu zamawiającemu zmniejszyły się w od kwietnia 2012 r. do sierpnia 2012 r. o ok. 40-50%. Zamawiający załączył bowiem do odpowiedzi na odwołanie zestawienia materiałów i ich cen z oferty złożonej przez odwołującego w przetargu organizowanym przez Miasto Leżajsk na zadanie „Modernizacja i remont budynku miejskiej biblioteki przy ul. Jarosławskiej 1”. Otwarcie ofert w tym postępowaniu odbyło się w dniu 25.04.2012 r., a więc zaledwie ok. 4 miesiące przed otwarciem ofert w niniejszym postępowaniu. W oparciu o ofertę odwołującego i ww. zestawienie ustalono, że ceny na analogiczne materiały oferowane przez tego samego odwołującego różniły się w sposób znaczący. M.in. cement- obecnie 214,28 zł/t, poprzednio 390,00 zł/t; kostka brukowa kolorowa gr. 6 cm - obecnie 16,67 zł/m², poprzednio 42,00 zł/m²; kostka brukowa kolorowa gr. 8 cm - obecnie 20,00 zł/m², poprzednio 50,00 zł/m²; mieszanka betonowa - obecnie 109,52 zł/m³, poprzednio 180,00 zł/m³; obrzeża betonowe gr. 8 cm obecnie 4,29 zł/m, poprzednio 20,00 zł/m; płyty gipsowo kartonowe; gr. 12,5 mm obecnie 3,34 zł/m², poprzednio 6,00 zł/m²; płyty styropianowe gr. 10 cm - obecnie 7,14 zł/m², poprzednio 11 zł/m²; tłuźceń kamienny - obecnie 16,67 zł/t, poprzednio 38,00 zł/t, zaprawa cementowa M 12 - obecnie 100zł/m³ poprzednio 230,00 zł/m³; zaprawa cementowo wapienna M 7 - obecnie 91,42 zł/m³ - poprzednio 192,00 zł/m³.

Twierdzenie odwołującego, iż w kwietniu br. odwołujący dysponował jedynie 20% rabatem w hurtowni materiałów budowlanych, który to rabat w późniejszym okresie uległ zwiększeniu do 30%-40% Izba uznała za złożone jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie i nieprzekonujące. Po pierwsze, twierdzenie to pozostało gołosłowne, po drugie Izba uznała je za niewiarygodne. Nawet bowiem zwiększenie rabatu z 20% w kwietniu do 30-40% w sierpniu, a więc jedynie o 10-20%, nie uzasadniało zmniejszenia cen materiałów aż o 40-50%.

Odnośnie drugiej okoliczności podniesionej w wyjaśnieniach, tj. posiadania znaczących upustów i rabatów u dostawców materiałów budowlanych, odwołujący załączył do wyjaśnień dowód w postaci oświadczenia z 20.08.2012 r. podpisanego przez przedstawiciela handlowego Stal-Rol M..... sp.j. w Czarnej. W treści ww. pisma jego wystawca oświadczył, iż „w związku z długotrwałą współpracą z firmą Bal-Bud sp. z o.o. (...) udzielamy na inwestycję Rozbudowa i modernizacja Miejskiego Centrum Kultury w Leżajsku niezbędnym (...) rabatu w wysokości 30-40% na wybrane materiały budowlane”.

Zgodzić należało się z zamawiającym, że literalna analiza tego oświadczenia prowadziła do wniosku, że rabat dotyczył jedynie „wybranych”, bliżej niesprecyzowanych

materiałów budowlanych. Wbrew twierdzeniom odwołującego wyartykułowanym w odwołaniu z oświadczenia nie wynikało aby rabat dotyczyć miał wszystkich materiałów budowlanych. Na podstawie tego oświadczenia Izba nie mogła zatem ustalić, że odwołujący dysponuje rabatem na poziomie 30-40% na wszystkie materiały budowlane, które zamierzał wbudować w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Na uwagę zasługiwał także fakt, że do oświadczenia nie załączono wykazu materiałów objętych rabatem. Skoro rabat dotyczył niektórych materiałów to zamawiający nie miał żadnej możliwości skalkulowania w jakim stopniu udzielony rabat dotyczyć będzie materiałów które zostaną wbudowane w trakcie inwestycji. Niemożliwym było zatem ustalenie przez zamawiającego w jaki sposób upust przełożył się na możliwość obniżenia ceny oferty odwołującego. Kalkulacji takiej nie przedstawił także odwołujący w złożonych wyjaśnieniach, co uniemożliwiło przeanalizowanie wpływu przywołanego przez odwołującego czynnika na możliwość obniżenia przez niego ceny.

Natomiast akcentowana przez zamawiającego wątpliwość, czy stały przedstawiciel handlowy miał prawo do złożenia w imieniu hurtowni materiałów budowlanych oświadczenia o udzieleniu odwołującemu rabatu Izba uznała na mającą charakter drugorzędny. Zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, iż z reguły wieloletni, stali przedstawiciele handlowi mają prawo udzielenia wybranym klientom rabatów na oferowany asortyment. Zamawiający nie wskazał natomiast z czego wnosi, że osoba która złożyła oświadczenie takiego umocowania nie posiadała, biorąc pod uwagę, że umocowanie takie mogło mieć charakter ustny. Ponadto na rzecz tej osoby mogło przemawiać domniemanie umocowania wynikające z przepisu art. 97 Kodeksu Cywilnego, który do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje zastosowanie z mocy art. 14 ustawy Pzp.

Za okoliczność o obiektywnym charakterze, która mogła wpłynąć na obniżenie ceny ofertowej niewątpliwie można uznać to, iż według twierdzeń odwołującego posiada on własny las a zatem we własnym zakresie wykona drewniane elementy budowlane. Nie można zatem wykluczyć wpływu tego czynnika na wysokość oferowanych cen jednostkowych w zakresie bali iglastych, desek, belek drewnianych, deszczułek. Z okoliczność o charakterze obiektywnym mogło być również uznane to, że kalkulując cenę jednostkową obniżono cenę niektórych materiałów o wartość składowania. Według wyjaśnień odwołującego dotyczyło to materiałów, które nie zostały zużyte przy wcześniejszych budowach i są zgromadzone w magazynie. Zdaniem Izby, niewątpliwie przywołane przez odwołującego czynniki można było określić mianem korzystnych i sprzyjających temu wykonawcy a niedostępnych innym podmiotom, które mogły mu umożliwić obniżenie ceny. Jednakże analogicznie jak w przypadku poprzednio analizowanego czynnika, odwołujący nie przeprowadził żadnej kalkulacji, która umożliwiłaby

zamawiającemu sprawdzenie prawidłowości obniżenia ceny z uwzględnieniem ww. okoliczności. Ponadto, możliwość pozyskania drewna z własnego lasu nie oznacza, że wykonawca nie poniesie żadnych kosztów związanych z użyciem drewnianych materiałów budowlanych do wykonania przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie pojawią się pewne koszty chociażby związane z koniecznością dopuszczenia wyrobów do obrotu czy przeprowadzenia procesu certyfikacji. Rolą wykonawcy było zatem przedstawienie zamawiającemu takich danych które pozwoliłyby ocenić wpływ przywołanych okoliczności na cenę, czego jednak nie uczynił.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach podniósł także, że w zakresie wysokości kosztów związanych z użyciem sprzętu budowlanego, które zostały określone przez wykonawcę na kwotę ok. 48.000 zł wpływ ma dotacja otrzymana z Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w kwocie 177.899,50 zł przeznaczona na zakup sprzętu budowlanego niezbędnego do realizacji zadania. Izba stwierdziła, że okoliczność ta ma charakter obiektywny, sprzyjający danemu wykonawcy a niedostępny innym podmiotom. Pomoc publiczna to czynnik wprost wymieniony w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w przykładowym wyliczeniu okoliczności, które zamawiający powinien wziąć pod uwagę przy ocenie wyjaśnień. Zgodzić należy się z jednak zamawiającym, że wykonawca nie załączył do wyjaśnień wykazu sprzętu, który zakupił w ramach dotacji w sytuacji gdy na taki wykaz w wyjaśnieniach się powoływał. Jednakże brak tego wykazu nie uniemożliwił sam przez się zamawiającemu oceny wpływu tego czynnika na cenę. Wykonawca oświadczył bowiem w wyjaśnieniach, że był to cały niezbędny sprzęt konieczny do wykonania zamówienia. W ocenie Izby jednak prawidłowa ocena wpływu tego czynnika była niemożliwa, gdyż wykonawca nie przedstawił kalkulacji pozwalającej ocenić czy prawidłowo pomniejszył cenę oferty o koszty najmu sprzętu, uwzględniając ww. czynnik.

W efekcie nie został usunięty poprzez wyjaśnienia stan niepewności co do możliwości należytego wykonania przez odwołującego przedmiotu zamówienia za oszacowaną cenę. Dostrzeżenia wymagało bowiem to, że odwołujący założył na inwestycji zysk na poziomie 86.383,26 zł. Zatem różnica pomiędzy wartością materiałów budowlanych oszacowaną według kosztorysu inwestorskiego i przez innych wykonawców w kolejnych trzech ofertach a wartością materiałów budowlanych według oferty odwołującego (na poziomie ok. 500 tys. zł) kilkakrotnie przewyższała wartość planowanego zysku.

Reasumując Izba stwierdziła, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach posłużył się w części ogólnymi sformułowaniami, nawiązującymi do nieskonkretyzowanych okoliczności (zapewnienie o realności cen). Zasygnalizował także kilka okoliczności, które mogły być

uznane za wyjątkowo korzystne dla tego wykonawcy, lecz w oparciu o wyjaśnienia niemożliwym było ustalenie w jaki sposób czynniki te (oszczędności i brak potrzeby ponoszenia wyszczególnionych wydatków, jak np. drewnianych materiałów budowlanych, składowania niektórych materiałów czy najmu sprzętu) przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Na podstawie tak sformułowanych wyjaśnień zamawiający nie mógł przeanalizować poprawności kalkulacji ceny, a w konsekwencji zamawiający nie miał żadnych podstaw do ustalenia, czy ma ona charakter rynkowy.

W konsekwencji stwierdzono, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - wymienił elementy kalkulacyjne ceny i wykazał, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. Powyższe obligowało zamawiającego do odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie potwierdził się zatem podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i ustawy Pzp, a w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ustawy Pzp (omyłkowo określonego przez odwołującego w odwołaniu jako art. 92 ustawy Pzp).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §6 w zw. z § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: