

WYROK
z dnia 1 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD Gdańsk S.A., ul. Nowy Świat 42/44, 80-299 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **SKB Development Sp. z o.o. Sp. k. (lider), SKB Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Miła 2, 00-180 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD Gdańsk S.A., ul. Nowy Świat 42/44, 80-299 Gdańsk** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD Gdańsk S.A., ul. Nowy Świat 42/44, 80-299 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD Gdańsk S.A., ul. Nowy Świat 42/44, 80-299 Gdańsk** na rzecz **Polskich Kolei Państwowych S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę dworca kolejowego Olsztyn Zachodni” (KFZ/2016/WNP-004700), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający”) wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego „ELBUD” Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”], oferty odwołującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji błędne przyjęcie, iż cena zaproponowana przez odwołującego w ofercie była rażąco niska oraz błędne uznanie, że wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że ofertą zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia ergo błędne odrzucenie oferty odwołującego,
- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji zaniechanie ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie, który nie rozwiał wątpliwości zamawiającego,
- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, przez to błędne przyjęcie, iż oferta odwołującego nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia,
- art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie, a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W odniesieniu do naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wskazał, że zgodnie z przywołaną normą zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazał także, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., XIX Ga 3/07, ceną rażąco niską jest cena, która wskazuje, iż oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne; rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów tynkowych, za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która, nie pokrywa wydatków wykonawcy związanych z wykonaniem zamówienia, cenę nierealną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień.

Stwierdził, że jego cena ofertowa nie nosiła znamion ceny rażąco niskiej.

Wskazał, że różnica pomiędzy ceną ofertową a średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert oraz szacunkowej wartości zamówienia wynosi zaledwie 22-23%, wobec czego uznał, że jego cena ofertowa nie jest niespotykana, czy nieodpowiadająca realiom rynkowym.

Odwołując się do wyroku KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. o sygn. akt KIO 1179 /15 podał, że różnica na poziomie 21% jest różnicą niewielką i wpisaną w walkę konkurencyjną pomiędzy wykonawcami.

Podniósł, że zamawiający dokonując obliczeń różnicy procentowej, dokonał ich biorąc pod uwagę kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (str. 1 uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego), a nie wartość zamówienia, co stanowi błąd.

Powołując się na wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. o sygn. akt KIO 1071/15 wskazał, że kwota na sfinansowanie zamówienia sama w sobie nie stanowi wprost podstawy do oceny, czy cena ofertowa jest na rażąco niskim poziomie, czy też nie jest, gdyż jest to kwota wynikająca z analizy budżetu zamawiającego i jego możliwości finansowych, a nie z obiektywnej wyceny przedmiotu zamówienia.

Stwierdził, że w przedmiotowej sprawie cena zaproponowana przez niego nie odbiega znacząco od cen wskazanych przez pozostałych oferentów, w związku z powyższym nie może zostać uznana za cenę rażąco niską.

Oświadczył, że podtrzymuje wszystkie wyjaśnienia, złożone zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 24 maja 2016 r.

Oświadczył, że jest uznaną na rynku firmą, działającą od 1949 roku, posiada liczną sieć dostawców, którzy oferują mu swoje produkty po znacznie niższych cenach.

Wskazał, iż w związku z realizacją wielu robót budowlanych nie wymaga od swoich oferentów przedstawiania za każdym razem pisemnego zestawienia cenowego, bowiem idealna współpraca gospodarcza odwołującego z kontrahentami, budowana na zasadach wzajemnej lojalności i przestrzegania zasad kupieckich powoduje, iż w przypadku każdego

zamówienia może liczyć na dodatkowe upusty i rabaty. Uzupełnił, że wykonując wiele prac budowlanych ma wiedzę o cenach materiałów, które powinien zastosować i które wykorzystuje w swojej ofercie.

Zdaniem odwołującego, jeśli powyższe wyjaśnienia zamawiający uznał za niepełne, bądź nierozwiewające wszystkich jego wątpliwości to miał uprawnienie do wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, precyzując jednocześnie ich zakres.

Oświadczył, że podtrzymuje, iż prace realizował będzie przy pomocy własnego sprzętu.

Ocenił, że mijają się z prawdą twierdzenia zamawiającego, iż wskazanie przez odwołującego w wyjaśnieniach na fakt posiadania własnych urządzeń implikuje ponoszenie dodatkowych kosztów (*„tym samym Wykonawca potwierdził, że nie są to prace bezkosztowe, co powinien wkalkulować w cenę”*).

Stwierdził, że ponosiłby dodatkowe koszty, gdyby zmuszony był do najmu bądź dzierżawy sprzętu, ale nie w przypadku, gdy wszelkie urządzenia i maszyny budowlane posiada.

Podtrzymał złożone uprzednio zamawiającemu wyjaśnienia, iż roboty budowlane i instalacyjne nie będą wykonywane przy pomocy podwykonawców.

Stwierdził, że zamawiający w piśmie z dnia 17 czerwca 2016 r. błędnie przyjął, iż odwołujący sprzecznie wyjaśnia, iż z jednej strony nie będzie z podwykonawstwa korzystał, zaś z drugiej strony wskazuje w wykazie podwykonawców *„(...) firmę, która będzie świadczyła usługi konsultingowe podczas realizacji zamówienia”*.

Zdaniem odwołującego precyzyjnie wyjaśnił, iż podwykonawstwo nie będzie dotyczyło robót budowlanych i instalacyjnych, jednak zamierza korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, który jednak nie będzie angażowany przy bezpośredniej realizacji robót budowlanych i instalacyjnych.

Uznał, że powyższe potwierdza jedynie fakt, iż zamawiający niewłaściwie zrozumiał wyjaśnienia odwołującego, wobec czego zamawiający powinien zastosować procedurę ponownych wyjaśnień lub procedurę przewidzianą przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podał, że w dniu 24 maja 2016 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Podniósł, że w dalszej części pisma zamawiający przepisał treść normy art. 90 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, wskazując zakres, w jakim wyjaśnienia powinny zostać złożone.

Uzupełnił, że zamawiający wpisał *proszę o wyjaśnienie, czy zaproponowana cena*

ofertowa została określona z należytą starannością i czy gwarantuje ona wykonanie zamówienia w sposób rzetelny oraz wskazał, iż wykonawca może również przedstawić odpowiednie wyliczenia, katalogi lub inne dowody, które potwierdzają realność i rzetelność zaproponowanej ceny.

Oświadczył, że złożył wymagane przez zamawiającego wyjaśnienia wraz z odpowiednim wyliczeniem – szczegółowym kosztorysem z dnia 30 maja 2016 r., czym uczynił zadość wymaganiom zamawiającego do przedstawienia dowodu w postaci odpowiednich wyliczeń.

Podniósł, że gdyby zamawiający miał dalsze wątpliwości co do realności zaproponowanych przez odwołującego cen, miał możliwość, a wręcz koniecznym było ponowne wezwanie odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień bądź przedstawienia kolejnych dowodów na potwierdzenie zawartych w nich tez.

Uznał, że powyższe zgodne jest z linią orzeczniczą KIO:

- wyrok z dnia 6 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1490/15; KIO 1577/15; KIO 1584/15): *nie ma przeszkód, by Zamawiający prowadził wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedni na wszystkie pytania i wątpliwości (poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 pzp, gdy wykonawca me współpracuje i nie udziela wyjaśnień),*
- wyrok z dnia 17 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1410/15: *żądanie ponownych wyjaśnień jest system dopuszczalne, o ile wcześniej, na pierwsze żądanie zamawiającego, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania,*
- wyrok z dnia 23 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1143/15: *należy podzielić stanowisko o możliwości zamawiającego dodatkowego wezwania wykonawcę w celu doprecyzowania lub udzielenia szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP.*

Stwierdził, iż współpracował z zamawiającym i złożył obszerne wyjaśnienia, które co prawda nie usatysfakcjonowały zamawiającego, jednakże stanowiły odpowiedź na wszystkie pytania zamawiającego.

Podniósł, że nie może ponosić odpowiedzialności za nieprecyzyjnie zadane przez zamawiającego pytania dotyczące zakresu wymaganych wyjaśnień.

Podał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał m.in. *„Wykonawca winien przedstawić szczegółową analizę wskazanych w treści wyjaśnień kosztów, w tym w szczególności przyjętą wartość oraz z czego owa wartość wynika”, a także „(...) nie wskazał, na jakim poziomie określił zysk oraz jakie główne koszty poza kosztami wskazanymi w tabeli (...) zostały ujęte przy wycenie”.*

Podniósł, że dopiero po dokonaniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał odwołującemu, jaki był oczekiwany przez niego zakres wyjaśnień.

Uznał, że nie można stwierdzić, iż zaniechał wyjaśnień w tym zakresie z własnej winy.

Zdaniem odwołującego, gdy złożone przez niego wyjaśnienia spowodowały jakiegokolwiek wątpliwości zamawiającego, to winien on zwrócić się powtórnie do odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień na okoliczności wątpliwe.

Za orzecznictwem KIO stwierdził, że:

- istotne jest, aby wyjaśnienia precyzyjnie odnosiły się do kwestii wskazanych przez zamawiającego. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy z treści wezwania będzie jednoznacznie wynikało, jakie zamawiający powziął wątpliwości w toku badania wysokości ceny oferty (*wyrok z dnia 24 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1104/15*),
- jakkolwiek ciężar udowodnienia poprawności zaproponowanej ceny oferty spoczywa na wykonawcy (art. 90. ust. 2 PZP), to jednak zamawiający powinien wskazać m.in. w jakim kierunku wyjaśnienia te powinny być poprowadzone i na takie okoliczności powinien on przedstawić dowody, czyli co w jego ofercie budzi wątpliwości zamawiającego, nie pozostawiając tego jedynie domysłem wykonawcy (*wyrok z dnia 15 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1147/15*).

Podniósł, że zamawiający jedynie ogólnie (poprzez przytoczenie brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) określił odwołującemu zakres złożonych wyjaśnień, wskazując – po odrzuceniu oferty odwołującego – jakich informacji żądał.

W odniesieniu do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odwołujący stanął na stanowisku, że jeśli treść złożonych przez niego wyjaśnień wzbudziła wątpliwości zamawiającego co do zakresu prac powierzonych podwykonawcom, czy możliwości realizacji prac przez zaproponowaną przez odwołującego liczbę pracowników, jak również w zakresie wyceny *ergo* przewidzenia realizacji całego zakresu zamówienia, to winien zwrócić się do odwołującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, a nie dokonywać samodzielnych założeń, które w efekcie okazały się błędne i spowodowały sprzeczną z prawem decyzję zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego.

Podniósł, za wyrokiem KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1538/15; KIO 1548/15; KIO 1549/15), że *treść wyjaśnień nie może stanowić podstawy do określenia zakresu świadczenia wykonawcy, które winno mieć swoje źródło w ofercie.*

Stwierdził, że fragment uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego w brzmieniu *„(...) co wskazuje na fakt braku ujęcia i wyceny tychże robót, mimo istniejącego obowiązku ich wykonania wynikającego z dokumentów przetargowych”,* a także *„w oparciu o załączony do wyjaśnień kosztorys można przyjąć, że oferta Wykonawcy nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia”* jest niezasadny, bowiem odwołujący kilkakrotnie w złożonych wyjaśnieniach potwierdził, iż cena ryczałtowa obejmuje całość kosztów, a dodatkowo treść świadczenia odwołującego wynika bezpośrednio ze złożonej oferty, a nie składanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnień.

Oświadczył, że złożył wraz z wyjaśnieniami szczegółowy kosztorys, na podstawie którego wyliczona została cena wskazana w jego ofercie – ze względu na fakt, iż zamówienie rozliczane będzie przy pomocy wynagrodzenia ryczałtowego odwołujący pomieścił część kosztów i cen w ramach innych elementów cenotwórczych, w związku z czym nie wskazał ich *expressis verbis* w tabeli kosztorysowej.

Za wyrokiem KIO z dnia 20 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1439/15 wskazał: *cena ryczałtowa to cena ustalona za całość zamówienia, na podstawie dokumentacji projektowej, a przedmiary mają jedynie znaczenie pomocnicze. Z tego też powodu w sytuacji braku w kosztorysie szczegółowym niektórych robót nie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ.*

W odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że *de facto* zamawiający nie uznał ceny zaproponowanej w ofercie za rażąco niską, ale jedynie wyjaśnienia złożone przez odwołującego za niewyczerpujące całego zakresu, który chciał otrzymać zamawiający.

Podniósł, że zamawiający nie sprecyzował elementów cenotwórczych (np. zysku), które miał wyjaśnić odwołujący.

Oświadczył, że pozostając w dobrej wierze złożył obszerne wyjaśnienia oraz dowód w postaci szczegółowej kalkulacji ceny na podstawie kosztorysu.

Podkreślił, że żadna pozycja kosztorysu nie została wyceniona poniżej cen rynkowych, co zamawiający potwierdza nie wskazując, by jakkolwiek pozycja kosztorysu zawierała ceny dumpingowe.

Podsumował, że odrzucenie oferty odwołującego na podstawie przesłanki

wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny nie może zostać uznane za słuszne, a działanie zamawiającego w tym zakresie za zgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 29 czerwca 2016 r., *Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego* (pismo z dnia 27 czerwca 2016 r.), *Odpowiedzi na odwołanie* (pismo zamawiającego z dnia 30 czerwca 2016 r.), oświadczeń z dnia 28 czerwca 2016 r.: Botir.PI Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Elektro-Spark Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, złożonych przez odwołującego na rozprawie, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem wskazanych przez odwołującego przepisów nie potwierdził się.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa dworca kolejowego Olsztyn Zachodni.

Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia (Rozdział XVI pkt 1 SIWZ) oraz do sporządzenia własnej kalkulacji na podstawie dokumentacji projektowej oraz STWiOR w taki sposób, aby uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia, wskazując przykładowo te koszty (np. realizację projektu zabezpieczającego funkcjonalność dworca (Rozdział XVI pkt 5 SIWZ)). Nie zobowiązał jednak wykonawców do załączenia ww. kalkulacji własnej wykonawcy do oferty.

Cena ofertowa brutto stanowiła kryterium oceny ofert, któremu zamawiający przypisał 80% znaczenie (Rozdział XVII pkt 2 SIWZ).

Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, „Za wykonanie Przedmiotu Umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego w wysokości: brutto zł (...)”

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 9 maja 2016 r. godz. 12⁰⁰.

Oferty złożyło 7 wykonawców, oferując taki sam termin realizacji przedmiotu zamówienia (32 tygodnie) oraz ceny brutto: od 3 065 160 zł (odwołujący), przez 3 662 325 zł (przystępujący) do 5 077 272,08 zł.

Odwołujący złożył Formularz ofertowy na podstawie opracowanego przez zamawiającego wzoru, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ – zaoferował, jak wskazano wyżej, cenę brutto w wysokości 3 065 160 zł, oświadczył, że zapoznał się z SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz, że zobowiązuje się do spełnienia wszystkich warunków zawartych w SIWZ, a nadto do podpisania umowy (wg wzoru zamawiającego) bez zastrzeżeń.

Oświadczył, że przedmiot umowy wykonana siłami własnymi bez udziału podwykonawców, jednocześnie jednak załączył oświadczenie według załącznika nr 6 do SIWZ. Załącznik nr 6 złożyć mieli jedynie ci wykonawcy, którzy będą realizowali przedmiot zamówienia z udziałem podwykonawców.

Odwołujący jako podwykonawcę wskazał: Condite Sp. z o.o. S.K.A. z Kielc, wskazując część zamówienia, którą zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy: usługi konsultingowe.

Odwołujący nie załączył do oferty żadnych wyliczeń, czy kosztorysów.

W piśmie z dnia 13 marca 2016 r. (prawdopodobnie błędnie oznaczono miesiąc sporządzenia pisma, winno być 13 maja 2016 r., tj. po terminie składania ofert) przystępujący podniósł, w związku z dokonaniem otwarciem ofert, że oferta złożona przez odwołującego „*stanowi ofertę o rażąco niskiej cenie*”, prezentując swoje stanowisko w tym zakresie.

Pismem z dnia 24 maja 2016 r. zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zwrócił się do odwołującego o „*wyjaśnienie, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny*”, przywołując w dalszej kolejności brzmienie art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał także, iż oczekuje wyjaśnienia, „*czy zaproponowana cena ofertowa została określona z należytą starannością i czy gwarantuje ona wykonanie zamówienia w sposób rzetelny*”.

Zamawiający wskazał nadto, że „*Wykonawca może również przedstawić odpowiednie wyliczenia, katalogi lub inne dowody, które potwierdzają realność i rzetelność zaproponowanej ceny*”.

Zażądał, aby wyjaśnienia były „*jak najbardziej szczegółowe*” oraz, aby uwzględniały „*aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego i rzetelnego jej wyliczenia*”.

Dodał: „*Zasadne jest, aby złożone wyjaśnienia były odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny*”.

Zamawiający wyznaczył termin złożenia wyjaśnień do dnia 31 maja 2016 r. do godz. 14⁰⁰.

Odwołujący (co potwierdził na rozprawie) nie zwracał się do zamawiającego o przedłużenie terminu złożenia wyjaśnień.

Pismem z dnia 31 maja 2016 r. odwołujący złożył *Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień*, do której załączył „szczegółowy kosztorys” (dalej „kosztorys”).

Kosztorys zawierał części: wentylacja – 63 pozycje, instalacje sanitarne – 102 pozycje, instalacje elektryczne – 138 pozycji, roboty budowlane – 419 pozycji, sieci – 79 pozycji, zestawienie i podsumowanie wartości tych części, a dodatkowo pozycję „bms”, co dało łącznie 3 065 160 zł, tj. wartość równą cenie ofertowej odwołującego.

Odwołujący zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 17 czerwca 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego, o wykluczeniu trzech wykonawców z udziału w postępowaniu (podając uzasadnienie), a nadto o odrzuceniu oferty odwołującego (podając podstawę prawną odrzucenia, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i ogólne uzasadnienie podjętej decyzji).

W odrębnym piśmie z dnia 17 czerwca 2016 r., nawiązując do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający podał uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty – odniósł się w nim szczegółowo do treści złożonych przez odwołującego na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (i zastrzeżonych) wyjaśnień.

Izba zważyła, co następuje.

Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

Odwołujący twierdził (str. 4 odwołania, czwarty akapit), że zamawiający „*dokonując stosownych obliczeń różnicy procentowej, dokonał ich biorąc pod uwagę kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (...), a nie wartość zamówienia, co stanowi błąd Zamawiającego*”.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że „*kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to w przedmiotowym postępowaniu kwota równa wartości zamówienia. (...) kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota na którą opiewa wyliczona wartość zamówienia – kwoty te to kwoty tożsame w przedmiotowym postępowaniu. Wartość zamówienia (wraz z podatkiem VAT) została ustalona na kwotę 3.940.200,16 zł brutto (...). Zatem trudno wymagać od Zamawiającego, aby dokonując obliczeń różnicy procentowej wskazywał na inną kwotę (...)*”.

Nie kwestionował tego odwołujący na rozprawie, jak też nie kwestionował prawa

zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w każdym przypadku, gdy zamawiający ma wątpliwości co do zaoferowanej ceny („składanie do zamawiającego informacji o dostrzeżonych nieprawidłowościach było w przedmiotowym postępowaniu o tyle zbędne, że zamawiający w każdym przypadku, gdy ma wątpliwości, może zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień co do zaoferowanej ceny” – Protokół posiedzenia i rozprawy str. 5, ostatni akapit).

Przyjęte przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynagrodzenie ryczałtowe musiało mieć „przełożenie” na treść skierowanego do odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zamawiający nie mógł wyszczególnić konkretnych elementów oferty budzących jego wątpliwości, ponieważ żaden z tych elementów nie został wskazany, właśnie ze względu na wymów podania jedynie ceny ryczałtowej brutto bez składania jakichkolwiek kosztorysów, czy wyliczeń, w ofercie. Niezasadnie zatem odwołujący kwestionował precyzyjność wezwania zamawiającego.

To zadaniem wykonawcy było wskazanie elementów, które mają wpływ na wysokość ceny, odniesienie się do nich – zaprezentowanie szczegółowej argumentacji oraz poparcie wyjaśnień dowodami.

Izba stanęła na stanowisku, że określony przez zamawiającego na złożenie wyjaśnień wraz z dowodami czas był dla odwołującego wystarczający, biorąc pod uwagę fakt, że już w treści SIWZ zamawiający wskazał powinność wykonawców sporządzenia własnej kalkulacji na podstawie dokumentacji projektowej oraz STWiOR w taki sposób, aby uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia, a nadto fakt, że odwołujący nie występował do zamawiającego o jego przedłużenie.

Przyjmując, iż praktyką odwołującego jest, że „nie wymaga od swoich kontrahentów przedstawiania za każdym razem pisemnego zestawienia cenowego” (str. 4 odwołania, ostatni akapit), stwierdzić należy, że odwołujący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien być przygotowany na wykazanie zamawiającemu realności zaoferowanej ceny, gdy ten uruchomi procedurę wyjaśnień. Złożone przez odwołującego na rozprawie oświadczenia dostawców potwierdzają, że nawet po terminie składania ofert odwołujący był w stanie uzyskać potwierdzenie zaoferowanych mu uprzednio cen.

W ocenie Izby odwołujący błędnie utrzymywał, że złożenie kosztorysu szczegółowego wyczerpało oczekiwania zamawiającego w zakresie złożenia dowodów.

Podnieść bowiem należy, że w treści wezwania z dnia 24 maja 2015 r. zamawiający, dopuszczając możliwość złożenia wyliczeń, czy katalogów, wskazał również na „inne dowody, które potwierdzają realność i rzetelność zaproponowanej ceny”.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp „*Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy*”.

Podstawowe znaczenie ma zatem dobór przez wykonawcę dowodów odpowiadających wskazanym przez niego okolicznościom w odniesieniu do elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Tymczasem odwołujący, rozbijając jedynie całkowitą cenę brutto na wiele pozycji poszczególnych branż nie złożył żadnych dowodów, które pozwoliłyby uznać, że przyjęte w kosztorysie wartości są uzasadnione uzyskanymi przez odwołującego od jego „*rozległej sieci dystrybucyjnej*” większymi, niż inni kontrahenci, rabatami i upustami. Samej ich wysokości odwołujący nawet nie wskazał.

Ze względu na zastrzeżenie przez odwołującego informacji ujętych w wyjaśnieniach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Izba wskazuje jedynie, iż podziela argumentację zamawiającego zaprezentowaną w odrębnie skierowanym do odwołującego piśmie z dnia 17 czerwca 2016 r.

Kierowanie kolejnych wezwań, w szczególności domaganie się przez zamawiającego od odwołującego złożenia dalszych wyjaśnień co do informacji już złożonych było niecelowe, ponieważ w ramach kolejnych wyjaśnień nie byłoby dopuszczalne składania dowodów, które winny zostać złożone przez odwołującego wraz z odpowiedzią z dnia 31 maja 2016 r., tj. już na pierwsze wezwanie zamawiającego z dnia 24 maja 2016 r.

Wobec braku dowodów adekwatnych do złożonych wyjaśnień uznać należało, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę – odwołujący nie sprostął nałożonemu nań przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązkowi, co uzasadniało odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) oraz § 3 pkt 2) lit. b) 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: