

Sygn. akt KIO 1544/16

WYROK
z dnia 1 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **18 sierpnia 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **Navimor-Invest S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Małachowskiego 1, 80-262 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu, ul. Szewska 1, 61-760 Poznań**

przy udziale **wykonawcy POLAQA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kazodawskiej, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Navimor-Invest S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Małachowskiego 1, 80-262 Gdańsk**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Navimor-Invest S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Małachowskiego 1, 80-262 Gdańsk**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**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 **Poznaniu**.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Zamawiający Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Modernizacja obiektów piętrzących Kanału Bydgoskiego. Zadanie 2 – Śluza Okole«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **5.01.2016 r.** pod nrem **2016/S 002-001196**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **9.08.2016 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o.** z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (dalej **wykonawca POLAQUA**).

Wykonawca Navimor-Invest S.A. z siedzibą w Gdańsku, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **18.08.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) wybór oferty najkorzystniejszej, tj. oferty **wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o.**;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o.**, mimo że dokonanie przez **zamawiającego** takiej czynności było obligatoryjne.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o.**, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia;
- 2) **art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy POLAQUA**, mimo że złożone przez tego **wykonawcę** w toku postępowania wyjaśnienia nie dawały powodu do przyjęcia, że zaoferowana cena nie jest rażąco zaniżona w szczególności zaś wyjaśnienia te nie odwoływały się do wskazanych w Pzp kryteriów, takich jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy;

- 3) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez nieuwzględnienie ustawowego nakazu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie **wykonawców**, przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy POLAQUA**, obarczonej rażąco niską ceną, a następnie dokonując wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, dopuszczając w ten sposób do realizacji zamówienia za cenę dumpingową, nie pokrywającą kosztów realizacji zadania i nie uwzględniającej zysku **wykonawcy**;

ewentualnie także

- 4) naruszenie **art. 192 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp** przez zaniechanie wezwania **wykonawcy POLAQUA** do złożenia wyjaśnień w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp**, mimo że KIO orzeczeniem z 13 lipca 2016 r. sygn. akt **KIO 1109/16**, dotyczącym postępowania w sprawie udzielenia tego samego zamówienia publicznego, nakazało ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, co implikowało ponowne żądanie przez **zamawiającego** udzielenia przez **wykonawcę POLAQUA** wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty **wykonawcy POLAQUA** jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie **zamawiającemu** powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie **zamawiającemu** odrzucenia oferty **wykonawcy POLAQUA**;
- 4) nakazanie **zamawiającemu** dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert tj. ofert niepodlegających odrzuceniu i tym samym wyboru oferty **odwołującego**, gdyż jest ofertą najkorzystniejszą;
- 5) przyznanie **odwołującemu** od **zamawiającego** zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę, zgodnie z dokumentującymi ich poniesienie rachunkami, które zostaną złożone na rozprawie;
- 6) przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu pisma na okoliczności w tym piśmie wymienione.

Argumentacja **odwołującego**

Wybór najkorzystniejszej oferty z **9.08.2016 r.** dotknięty jest wadą uzasadniającą wniesienie odwołania bo:

- 1) składane wobec **zamawiającego** wyjaśnienia **wykonawcy POLAQUA** w żadnym stopniu nie dawały przesłanek do uznania, że zaoferowana przez **wykonawcę** cena nie jest rażąco niska

2) zaoferowana przez **wykonawcę POLAQUA** cena wykonania przedmiotu zamówienia jest ceną rażąco niską, uniemożliwiającą wykonanie zamówienia powyżej kosztów wytworzenia

– a obie te okoliczności uzasadniają odrzucenie oferty **wykonawcy POLAQUA**.

Z ostrożności procesowej **odwołujący** zarzuca **zamawiającemu** również zaniechanie ponownego wezwania **wykonawcy POLAQUA** do złożenia wyjaśnień w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp** oraz wybór **wykonawcy** z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Uzasadnienie interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz okoliczności uprawdopodobniające poniesienie przez niego szkody (art. 179 ust. 1 Pzp)

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez **zamawiającego** ww. przepisów, gdyż oferta **odwołującego** jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i nie podlegających odrzuceniu. W wyniku przedsięwzięcia przez **zamawiającego** czynności z naruszeniem przepisów **Pzp**, tj. zaniechania odrzucenia przez **zamawiającego** oferty **wykonawcy POLAQUA** pomimo wystąpienia przesłanek z **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** oraz – niezależnie – także **art. 90 ust. 3 Pzp**, **odwołujący** poniesie szkodę w postaci braku możliwości realizacji zamówienia objętego postępowaniem i osiągnięcia zysku z tego tytułu.

Uzasadnienie zarzutów:

Odwołujący zarzuca **zamawiającemu** (przede wszystkim) naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** oraz **art. 90 ust. 3 Pzp**, które stanowią odrębne, alternatywne podstawy obligujące **zamawiającego** do odrzucenia oferty **wykonawcy**. Łączy natomiast powołane podstawy okoliczność, że obie zakotwiczone są w instytucji *rażąco niskiej ceny*.

Zarzut **odwołującego** należy zatem także odczytywać dwutorowo, tzn. w przedmiotowym postępowaniu **zamawiający** obowiązany był do odrzucenia oferty **wykonawcy POLAQUA** ponieważ:

- 1) złożone przez **wykonawcę POLAQUA** w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp** wyjaśnienia ocenić należy jako nie merytoryczne, nie odnoszące się do istoty zapytania **zamawiającego** i w żadnym wypadku nie wykazujące szczególnych, leżących po stronie **wykonawcy POLAQUA** okoliczności, które uzasadniałyby wysokość zaoferowanej ceny;
- 2) oferta tego **wykonawcy** zawiera rażąco niską cenę, tj. cenę, która uniemożliwia mu realizację zamówienia powyżej kosztów jego realizacji.

Zaistniały dwie przesłanki które – w związku z rażąco niską ceną oferty **wykonawcy POLAQUA** – obligowały **zamawiającego** do odrzucenia przedmiotowej oferty.

Brak złożenia dostatecznych wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Zgodnie z treścią przekazanej korespondencji pomiędzy zamawiającym a **wykonawcą POLAQUA**, zamawiający wypełniając obowiązek wskazany w **art. 90 ust. 1 Pzp** wezwał **wykonawcę POLAQUA** do złożenia wyjaśnień (w tym dowodów) dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

dowód: pismo zamawiającego z **01.03.2016 r.**

Jak wskazuje się w utrwalonym w tym zakresie orzecznictwie **KIO** (por. m.in. wyrok **KIO** z 25.05.2015 r., **KIO 925/15**) informacje podawane w wyjaśnieniach składanych na podstawie **art. 90 ust. 1 Pzp** powinny być na tyle **konkretne**, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na **uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne**, a także możliwa ich **weryfikacja** oraz ocena wiarygodności.

Tymczasem treść wystąpienia złożonego przez **wykonawcę** w odpowiedzi pismo z **01.03.2016 r.** nie stanowi wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, a jedynie potwierdzenie, że **wykonawca** wiedział, że kalkulując cenę musiał uwzględnić wszystkie wymagania **SIWZ** i koszty, jakie poniesie z tytułu należytej i zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. **Samo wskazanie przez tego wykonawcę informacji, że poszczególne elementy zadania zostały oszacowane na podstawie ofert dostawców materiałów, prac podwykonawców i kosztów pracy nie stanowi udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.** Koniecznym w tej sytuacji byłoby szczególne wykazanie wyliczenia powyższych elementów z wskazaniem jednoczesnym szczególnie korzystnych okoliczności leżących po stronie **wykonawcy POLAQUA**, okoliczności innych niż w jakich kalkulowali ceny pozostali **wykonawcy** składający oferty oraz **zamawiający** szacując wartość zamówienia z należyłą starannością.

dowód: pismo **wykonawcy POLAQUA** z 01.03.2016 r.

Co więcej, **wykonawca POLAQUA** wskazując jedynie, że cena została skalkulowana prawidłowo, zgodnie z treścią **SIWZ**, nie wskazał nic ponad to, co zostało wskazane w ofercie (oświadczenie o złożeniu oferty zgodnie z treścią **SIWZ**), podczas gdy procedura złożenia wyjaśnień ma na celu właśnie przedstawienia bardziej szczegółowych, nowych informacji nt. wyceny i realizacji zamówienia za wskazaną w ofercie cenę.

Również chybionym jest argument doświadczenia **wykonawcy POLAQUA** jako ta indywidualna cecha, która pozwala wycenić realizację zamówienia na kwotę odbiegającą od średniej ceny spośród cen wskazanych w ofertach oraz wartości szacunkowej zamówienia. Czytelnym jest, że już przedmiot zamówienia jest na tyle specyficzny, że wszystkie podmioty

ubiegające się o udzielenie zamówienia są podmiotami działającymi już od lat w tej branży, co potwierdzone zostało oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, jak już wskazano, **sam fakt posiadania doświadczenia w realizowaniu podobnych inwestycji nie stanowi leżącej wyłącznie po stronie wykonawcy POLAQUA, szczególnie korzystnej okoliczności i nie jest potwierdzeniem dokonania wyceny oferty i możliwości realizacji zamówienia za cenę tak znacząco niższą niż ceny wskazane w ofertach pozostałych wykonawców** (średnia jak wyliczył **wykonawca POLAQUA – 12 287 148,57 zł**) również posiadających doświadczenie w branży inwestycji hydrotechnicznych.

Odwołujący również odniósł się do przedstawionych przez **wykonawcę POLAQUA** cennika sprzętu **wykonawcy POLAQUA** oraz przykładowe oferty otrzymane na etapie przygotowania wyceny.

Przedstawione przez wykonawcę stawki pracy sprzętu nie stanowią jeszcze podstawy dokonania oceny zaoferowanej ceny, jako ceny prawidłowo wyliczonej. Wynika to nie tylko z wskazania jedynie stawki dobowej wskazanego sprzętu (stawki wg cenników z 2014 r. i 2015 r.) **bez wskazania kosztu operatora i paliwa, a zatem uwzględniające jedynie część czynników cenotwórczych**, ale także wskazania tam samochodów jak np. VW Passat, Ford Mondeo, Ford Focus, Skoda Fabia, podczas gdy oczywistym jest, że prace budowlane nie będą wykonywane przy ich wykorzystaniu.

Tym samym wskazane wyjaśnienia w rzeczywistości są nie na temat, co w konsekwencji nie może prowadzić do uznania, że wykonawca złożył wyjaśnienia, do których był obowiązany żądaniem **zamawiającego**, innymi słowy, wyjaśnienia **wykonawcy POLAQUA** nie są przydatne do obrony przed zarzutem zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Również złożone przez **wykonawcę POLAQUA** oferty podwykonawców nie stanowią dowodu na zaoferowanie ceny powyżej kosztów realizacji, gdyż obejmują jedynie wycinek realizacji zamówienia, a są to dwie oferty dotyczące tego samego elementu. W dalszej części pisma w sposób jednoznaczny **odwołujący** wskazuje, że oferta **wykonawcy POLAQUA** została oparta o rażąco zaniżone ceny za realizację poszczególnych elementów, nieobejmujące nawet kosztów materiałów odpowiednio, a elementy te nie stanowią przedmiotu złożonych wyjaśnień.

Brak wystarczających wyjaśnień w doktrynie i utrwalonej linii orzeczniczej jest definiowane, jako brak złożenia wyjaśnień i stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art 90 ust. 2 Pzp. Na potwierdzenie powyższego wystarczającym zdaje się przywołanie chociażby stanowiska KIO wyrażonego w sprawie **KIO 61/14**:

W orzecznictwie zarówno **Izby**, jak i **sądów okręgowych** za utrwalony należy uznać pogląd, że hipotezą normy prawnej zawartej w przepisie **art. 90 ust. 3 Pzp** nie jest objęta jedynie sytuacja, w której **wykonawca** nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień, a więc nie

odpowiedział na wezwanie, ale również, gdy wyjaśnienia są niepełne albo niedostateczne (wyrok SO w Poznaniu z 4 czerwca 2008 r. sygn. akt: X Ga 127/08). Zatem, sam fakt złożenia wyjaśnień przez **odwołującego 20.12.2013 r.** nie przesądza, że brak podstaw do odrzucenia oferty **odwołującego**. **Wykonawca** jest bowiem zobowiązany do udzielenia wyjaśnień w zakresie żądanym przez **zamawiającego**, z uwzględnieniem okoliczności, które **zamawiający** ma obowiązek brać pod uwagę z mocy przepisu **art. 90 ust. 2 Pzp**. Tymczasem **odwołujący** poprzestał na lakonicznych wyjaśnieniach, że cena grodzień nowych jest buforowana „znacząco wyższym zyskiem możliwym do uzyskania przez pozostałe elementy oferty”. Powyższe należy uznać za niewystarczające dla dokonania oceny w przedmiocie rażąco niskiej ceny (...).

Sens regulacji zawartej w treści **art. 90 ust. 3 Pzp** dobrze ujmuje teza zawarta w uzasadnieniu wyroku KIO z 20 maja 2010 r. (sygn. akt: **KIO 730/10**), w którym wskazano m.in., że *W konsekwencji, oferta wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień.* Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia zaistniałych okolicznościach faktycznych.

Odwołujący wskazuje, że udzielenie wyczerpujących, jasnych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie **zamawiającego**, wystosowane do **wykonawcy** w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp**, leży wyłącznie w interesie **wzywanego wykonawcy** i dostateczna aktywność w udzieleniu wyjaśnień leży w jego wyłącznej gestii. Innymi słowy, **zamawiający** nie ma obowiązku, w razie gdyby wyjaśnienia wezwanego wykonawcy nie rozwiewały wszelkich jego wątpliwości, wzywać go do doprecyzowania stanowiska czy złożenia dodatkowych wyjaśnień. **Zamawiający** obowiązany jest ustalić, w oparciu o wyjaśnienia i materiały dostarczone przez wezwanego wykonawcę, czy cena jego oferty jest ceną rażąco niską. Jeśli **wykonawca** nie odpowiedział na wezwanie, bądź jego wyjaśnienia nie są wystarczające dla przyjęcia, że cena oferty nie jest rażąco niska – **zamawiający** obowiązany jest odrzucić ofertę. W żadnym zaś przypadku brak przejawiania przez **zamawiającego** inicjatywy, polegającej się na „dopytywaniu” się o szczegóły kalkulacji nie rodzą po stronie **wykonawcy** domniemania, że jego oferta nie będzie odrzucona na podstawie **art. 90 ust. 3 Pzp**. Powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie w świetle orzecznictwa KIO (Por. m.in. uchwała KIO z dnia 07.05.2014 r., **sygn. akt KIO/KU40/14**).

II. Zaoferowana cena jest ceną rażąco niską

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie **wykonawcy POLAQUA** sprawie **KIO 1109/16**, dała wiarę wyjaśnieniom **wykonawcy** wskazującym na brak błędu w obliczeniu ceny w kosztorysie branży mechanicznej, ujęcie całości; realizacji zamówienia w danej pozycji w rozbięciu na pozycje i podpozycje, które po zsumowaniu wartości wskazują **cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia** wskazanego w pozycji nadrzędnej, a opisanego dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną **wykonawca POLAQUA**, co za prawidłowe przyjęła **Izba**, wskazał że „wycenił cały zakres świadczenia objęty projektem (...) wszystkie pozycje są składową wyceny poszczególnych działów 4 dla uzyskania wartości kosztorysu dla branży mechanicznej wystarczającym jest zsumowanie kwot za pozycję i podpozycję”.

Izba też podkreśliła, że w ocenie składu orzekającego **Izby wykonawca** prawidłowo wypełnił przedmiar i wycenił wszystkie pozycje, tym samym zakres prac do wykonania. Tym samym koniecznym jest powrót do dalszego procedowania tj. badania i oceny oferty **wykonawcy POLAQUA** zgodnie z **art. 90 Pzp**, której to czynności dokonanie na wcześniejszym etapie było niecelowe z uwagi na przekonanie o istnieniu przesłanki obligującej **zamawiającego** do odrzucenia oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny i niezgodność treści oferty z treścią **SIWZ**.

Ustalenie w orzeczeniu **KIO** z 13 lipca 2016 r. (**KIO 1109/16**), że przyjęty przez **wykonawcę POLAQUA** sposób obliczenia ceny był poprawny, w istocie dopiero otwiera drogę do ewentualnego badania treści oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Przy pierwszym badaniu i ocenie ofert **zamawiający** był bowiem przekonany mylnie, jak okazało się w wyniku przeprowadzenia przed **KIO** poprzedniego postępowania, że cena zaoferowana przez **wykonawcę POLAQUA** dotknięta jest dalej idącą wadliwością, uzasadniającą odrzucenie oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp**.

Dokonana zgodnie z orzeczeniem **KIO** analiza zaoferowanej ceny w sposób jednoznaczny wskazuje, że jest to cena rażąco niska poniżej kosztów wytworzenia kosztów materiałów, co w ocenie **odwołującego** jednoznacznie obliguje **zamawiającego** do odrzucenia oferty **wykonawcy POLAQUA** na podstawie **art. 90 ust. 3 Pzp**.

W kontekście ogólnej wartości robót poszczególnych branż oczywistym jest, że najbardziej wartościowymi, mającymi kluczowe znaczenie dla ustalenia ceny ofertowej są roboty branży mechanicznej oraz hydrotechnicznej. To właśnie rażąco niska cena pozycji kosztorysowych wchodzących w zakres tych branż uzasadniała odrzucenie oferty w oparciu o treść **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp**.

Poniżej **odwołujący** przedstawia poszczególne pozycje kosztorysu branż (1) mechanicznej oraz (2) hydrotechnicznej, które **wykonawca POLAQUA** wycenił poniżej kosztów produkcji, tj. tych, które łącznie składają się na rażąco niską cenę oferty wybranej jako najkorzystniejsza:

I Roboty branży mechanicznej

Pozycja 3 – Przygotowanie powierzchni zewnętrznych do remontu (wstępne oczyszczenie konstrukcji)

Zdaniem odwołującego cena zabezpiecza jedynie koszt zużycia prądu bez nakładów na wynagrodzenia pracownika oraz innych elementów cenotwórczych. **Odwołujący** porównał zaoferowaną przez siebie i przez **wykonawcę POLAQUA: 8.938,08 zł do 479,73 zł** stwierdzając, że cena ta stanowi 5,37% kwoty **odwołującego**.

Wybrana oferta **wykonawcy POLAQUA** sięga 5,37% wartości oferty **odwołującego**.

Pozycja 9. Naprawa i wymiana konstrukcji – Remont konstrukcji – kłapa

Wybrana oferta **wykonawcy POLAQUA** sięga 6,82% wartości oferty **odwołującego**.

Pozycja 10. Naprawa i wymiana konstrukcji – Remont konstrukcji – wrota

Wybrana oferta **wykonawcy POLAQUA** sięga 6,25% wartości oferty **odwołującego**.

Pozycja 11. Naprawa i wymiana konstrukcji – zasuwę kanałów obiegowych

Wybrana oferta **wykonawcy POLAQUA** sięga 4,79% wartości oferty **odwołującego**.

Pozycja 12. Wymiana uszkodzonych elementów konstrukcji zamknięć

Wybrana oferta **wykonawcy POLAQUA** sięga 4,79% wartości oferty **odwołującego**.

Pozycja 16. Wymiana listew przylgowych obudowy kanałów obiegowych

Wybrana oferta **wykonawcy POLAQUA** sięga 28,93% wartości oferty **odwołującego**.

II Roboty branży hydrotechnicznej

Pozycja 23. Rurociągi tymczasowe śr. 600 mm jako zrzut biologiczny wody – budowa z demontażem

Brak wyjaśnień **wykonawcy** w tym zakresie implikował odrzucenie jego oferty w oparciu o **art. 90 ust. 3 Pzp**, tj. w związku z niezłożeniem dostatecznych wyjaśnień co do okoliczności wpływających na wysokość zaoferowanej ceny.

Pozycja 30. Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodziec G-62 wibromłotem ze sprzętu pływającego; głębokość wbicia do 6 m, długość grodziec L=9,0-10,0 m

W cenniku **wykonawcy POLAQUA**, który okazany został **zamawiającemu** na etapie badania i oceny ofert brak jest sprzętu pływającego – pontonu oraz pchacza. Stąd wniosek, że wykonawca planował nająć niezbędny sprzęt.

Cena najmu sprzętu, przy uwzględnieniu stałej współpracy **wykonawcy** i wynajmującego oraz związanych z tym opustów wynosi ok. za ponton 45,45 zł/m-g plus holownik z załogą w kwocie 204,55 zł/m-g.

Po przeliczeniu wydajności ekipy i ilości wbijanych grodzień cena najmu obcego sprzętu, to kwota co najmniej **465,12 zł/mb** ścianki o parametrach jak w przedmiarze stanowiącym część dokumentacji przetargowej. Wobec powyższego zważyć należy, że cena oferowana przez **wykonawcę POLAQUA** nie uwzględnia w ogóle pracy sprzętu własnego tj. dźwigu z operatorem i paliwem oraz wibromłota z operatorem, ekipą katarową (3 os.) i paliwem. Przykładowo wg cennika **wykonawcy POLAQUA** „transport i sprzęt ciężki specjalistyczny” poz. 30 dźwig Faun RTF 40-3 cena za dobę bez operatora i paliwa to 260 zł, czyli 32,50 zł/r-g + paliwo 35,0 zł/r-g + operator minimum 35,0 zł/r-g, **koszt wyniesie więc łącznie 97,50 zł/r-g pracy sprzętu. W przeliczeniu na 1 mb białej ścianki szczelnej wynosi 181.40 zł/m-b.**

Dalej odwołujący wskazuje, że poz. 32 ww. cennika obejmuje Wibromłot hydrauliczny PTC, cena za dobę 180,00,-zł (bez obsługi i paliwa), co daje 22,50 zł/r-g + paliwo 35,0 zł za 1 r-g + operator 35,0 zł/r-g + ekipa katarowa 3x30,0 zł/r-g, wobec czego koszt roboty wyniesie łącznie 182,50 zł/r-g. **W przeliczeniu na 1 mb białej ścianki szczelnej wyniesie 339,53 zł/m-b.**

Łącznie cena wbicia 1 mb ścianki szczelnej – przy koniecznym do poczynienia założeniu, że **wykonawca POLAQUA** będzie się posługiwać wynajętym sprzętem pływającym – powinna wynosić 986,05 zł/mb.

Cena NI 720,14 zł/mb wynika z faktu posiadania własnego sprzętu pływającego i wibromłota, a najmowi podlegał jedynie dźwig.

Pozycja 31. Wyciąganie ścianek szczelnych stalowych z grodzień G-62 wibromłotem ze sprzętu pływającego jw.

Pozycja 34 Czerpanie z dna awanportu namulów z załadowaniem na szalndę

dowód: kosztorys pozycji 34 robót branży hydrotechnicznej.

Pozycja 44. Obcinanie pali drewnianych pod powierzchnią wody – obcięcie ścianki szczelnej drewnianej

dowód: kosztorys pozycji 44 robót branży hydrotechnicznej.

Pozycja 62. Żelbetowe umocnienie skarp wykonywane z łądu – beton C30/37 (deskowanie, dylatacje, betonowanie)

Pozycja 63 Zbrojenie konstrukcji betonowych skarp o śr. 10 mm stal AIIIIN

dowód: zestawienie ofert branży mechanicznej,
zestawienie ofert branży hydrotechnicznej

W każdej ze wskazanych pozycji kosztorysowych, cena zaoferowana przez **wykonawcę POLAQUA** nie pokrywa nawet trzech elementarnych czynników cenotwórczych, tj.: robocizny, sprzętu, materiałów. Należy mieć na względzie, że w kalkulacji powinny być ujęte także koszty pośrednie (koszty ogólne budowy, koszty zarządu etc.). W żadnej z wyszczególnionych pozycji kosztorysu elementy te nie zostały uwzględnione, a przecież należy mieć na względzie, że cena oferty powinna być tak skalkulowana, aby pokryła przynajmniej koszty własne w pełnej wysokości.

III. Powiązanie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy POLAQUA z powodu rażąco niskiej ceny oferty oraz zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy POLAQUA z powodu niewystarczających wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp

Wykonawca POLAQUA w złożonych przez siebie wyjaśnieniach nie odniósł się do żadnej ze wskazanych pozycji kosztorysowych, tak jak czyni to **odwołujący**, a co **wykonawca POLAQUA** powinien zrobić, nie chcąc narazić się na odrzucenie jego oferty w trybie art. 90 ust. 3 Pzp. **Utrwalona linia orzecznicza KIO i sądów wskazuje, że rolą wykonawcy jest wykazanie, również w żądanym aspekcie, że pomimo budzących wątpliwości zamawiającego np. cen jednostkowych jest w stanie wykonać zamówienie z odpowiednim zyskiem.**

Wyjaśnienia **wykonawcy POLAQUA** nie wskazały, że przytoczone powyżej ceny nie były cenami rażąco niskimi.

Przepis **art. 90 ust. 1 Pzp** ustanawia obowiązek **zamawiającego** zwrócenia się do **wykonawcy** o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty, w opinii **zamawiającego**, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości **zamawiającego** do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi w **SIWZ** lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący przytoczył tezy orzeczeń **KIO**, których tło przystaje do okoliczności faktycznych rozpoznawanej sprawy:

Kontrola UZP z 2.04.2015, KA/30/14

Ocena przez **zamawiającego** zgodnie z **art. 90 ust. 3 Pzp** złożonych wyjaśnień jest podstawą do stwierdzenia, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie, w przypadku **art. 90 ust. 3 Pzp** nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 listopada 2014 r., KIO 2284/14

Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym nie jest wystarczające złożenie przez wykonawcę jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. **W tym postępowaniu wyjaśnienia odwołującego były ogólnikowe, nie obaliły domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny. (...) W ocenie izby** przedstawione na wezwanie wyjaśnienia były lakoniczne, nie wskazywały żadnych okoliczności szczególnych. Tym samym odwołujący nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny za wykonanie zamówienia, przeciwnie, udzielił odpowiedzi ogólnikowej, nie wyjaśniającej żadnego z elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. **Ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada na wykonawcę obowiązek wyjaśnienia zaoferowanej ceny (po wezwaniu zamawiającego). Zatem to** na wykonawcy **(od chwili wezwania)** ciąży obowiązek/ciężar wykazania, że jego cena nie jest ceną rażąco niską. **W ocenie izby, wyjaśnienia odwołującego w niniejszym postępowaniu mają charakter ogólnych stwierdzeń. Tego rodzaju wyjaśnienia mogłyby złożyć każdy z wykonawców.**

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2015 r., KIO 852/15

„Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp; „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.

Wskazać także należy, że fakt wystosowania przez zamawiającego ogólnego wezwania (brak wskazania, które elementy oferty tego wykonawcy wymagają wyjaśnień) nie zwalniał wykonawcy MPDiM z obowiązku szczegółowego opisanie czynników, które zadecydowały o wysokości ceny.

W ocenie składu orzekającego Izby badanie cen jednostkowych pod kątem ich rażąco niskiego charakteru jest na gruncie przepisów Pzp możliwe (zamawiający przyjął w

przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynagrodzenia kosztorysowe – § 3 ust. 1 wzoru umowy).

Skład orzekający Izby, za wyrokiem z dnia 24 lutego 2015 r. sygn. KIO 236/15, KIO 241/15 wskazuje: „z dniem 25 lipca 2014 r. zmieniona została definicja ceny na gruncie Pzp. Przepis art. 2 pkt 1 Pzp, w obecnie obowiązującym brzmieniu i mającym zastosowanie do rozpoznawanej sprawy, przesądza, że przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Oz. U. poz. 915). Przepis ten odsyła w równym stopniu, tak do art. 3 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy, jak i do jej art. 3 ust. 1 pkt 2. W pierwszym z powołanych przepisów zawarta została definicja ceny, zgodnie z którą to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, zaś drugi z tych przepisów definiuje pojęcie ceny KIO 852/15 14 jednostkowej towaru lub usługi, jako cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach. Ma to o tyle znaczenie, że przepis art. 2 pkt 1 Pzp w uprzednio obowiązującym brzmieniu odsyłał jedynie do przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385) definiującego pojęcie ceny, pomijając przy tym przepis art. 3 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, który podobnie jak w ustawie z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług definiował pojęcie ceny jednostkowej. Okoliczność ta, tj. zmiana z dniem 25 lipca 2014 r. definicji ceny na gruncie Pzp (zawarcie w tym pojęciu również cen jednostkowych), nie mogła pozostać bez wpływu na sposób interpretacji przepisu art. 90 Pzp. Zauważenia przy tym wymaga, że Izba jeszcze na gruncie uprzednio obowiązującego brzmienia definicji ceny również dopuszczała możliwość badania w trybie art. 90 Pzp poszczególnych cen jednostkowych. Tak np. orzeczeniu wydanym w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach **KIO 1181/14 KIO 1182/14 KIO 1183/14 KIO 1194/14 KIO 1195/14**, gdzie Izba przesądziła że „ze wskazanej definicji ceny zawartej w ustawie o cenach w powiązaniu ze specyfiką przedmiotowego zamówienia publicznego wynika zasadność i celowość dokonanych przez zamawiającego analiz cen jednostkowych za poszczególne zadania (roboty) z uwagi na fakt, że to właśnie ceny jednostkowe są rzeczywistymi cenami do zapłaty. Specyfika zamówienia i w istocie nieznaną rzeczywisty zakres prac w powiązaniu z wynagrodzeniem oparte na obmiarze za każde zadanie uzasadnia takie stanowisko.” (...) „Uwzględniając fakt, że ocena czy zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę MPDiM cena – na którą składały się ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych i przypisane im ilości robót – jest realna (nie jest rażąco niska) dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i załączonych doń dowodów, a jak wskazano powyżej złożone przez wykonawcę MPDiM wyjaśnienia (pismo z dnia 10 kwietnia 2015 r.) nie zawierały informacji lub nie wskazywały na znaczenie przełożenie”) podawanych

informacji na zaoferowaną cenę uznać należało, że wykonawca MPDiM nie udzielił zamawiającemu kompleksowych wyjaśnień, nie sprostął obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 Pzp) i nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej (skierowane do wykonawcy na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wezwanie stanowiło domniemanie, że zaproponowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej).

Wyrok Sadu Okręgowego w Olsztynie z dnia 13 marca 2015 r., IX Ca 39/15

Właśnie m.in. brak wyjaśnień w tym zakresie miał decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia KIO. Ponadto nie sposób zgodzić się ze skarżącym, że to na Izbie spoczywał ciężar udowodnienia, jaki wpływ na cenę całej oferty mają niewyjaśnione pozycje. Takie twierdzenie świadczyłoby o niedopuszczalnym przerzuceniu ciężaru dowodowego na Izbę.

Wskazując na niewyjaśnienie wielu kwestii Izba słusznie skonstatowała, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej. W żadnym miejscu Izba nie wskazała, że kwestionuje poszczególne pozycje jednostkowe. Izba wypunktowując poszczególne elementy wyjaśnień, które zasadnie budziły jej wątpliwości, ostatecznie uznała, że złożone w sprawie wyjaśnienia

Skoro przepis art. 90 ust. 7 Pzp wyraźnie nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, to wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać elementy cenotwórcze, **zwłaszcza te zakwestionowane przez zamawiającego. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.** Ugruntowany jest pogląd, g złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Podsumowując, zważyć należy, że przepis art. 90 ust. 2 Pzp wskazuje na wykonawcę, jako na podmiot, który jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wprowadzona regulacja odpowiada m.in. dotychczasowej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w tej materii (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2014 r" sygn. akt: KIO 785/14; wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 669/14), zgodnie z którą to na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana. cena nie jest rażąco niską. Jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązkowi nałożonemu! na niego przepisem art. 90 ust. 2, „zamawiający zobowiązany!

będzie do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 Pzp).

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 19.08.2016 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **19.08.2016 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

22.08.2016 r. wykonawca wykonawcy POLAQA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kazodawskiej, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno, złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

29.08.2016 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. **Zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **Izba** oparła wyrok na:

dowodzie złożonym przez przystępującego:

- 1) (dowód nr 1)** porównanie niektórych pozycji z kosztorysów ofertowych branży hydrotechnicznej, gdzie są pokazane ceny **przystępującego, odwołującego i wykonawcy Strabag**, a w uwagach pokazane są różnice cen między **przystępującym i odwołującym**, gdzie **przystępujący** zaznaczył na czerwono

ceny wyższe **przystępującego** niż ceny **odwołującego** na kwotę **830 000 zł** i na żółto ceny wyższe **odwołującego** niż ceny **przystępującego** na kwotę **240 000 zł**;

dowodach złożonych przez odwołującego:

- 2) (**dowód nr 2**) kontynuacja z odwołania porównania ofert **przystępującego** i **odwołującego**, gdzie czarnym drukiem zaznaczone zostało co już było porównane i złożone w odwołaniu, a drukiem niebieskim dalsze pozycje wraz z dowodami i załącznikami do nich, które porównują i wskazują na te pozycje, których ceny są niższe lub rażąco niskie w stosunku do oferty **odwołującego**;
- 3) (**dowód nr 3**) **wykaz** cen betonów konstrukcyjnych ze wskazaniem, że przedstawione ceny przez **przystępującego** wynoszą 175 000 zł, a zdaniem **odwołującego** powinny w cenach rynkowych przy uwzględnieniu specyfikacji ST9 wynosić drugie tyle.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o.**, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia **oraz** zarzut **drugi** naruszenia **art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy POLAQUA**, mimo że złożone przez tego **wykonawcę** w toku postępowania wyjaśnienia nie dawały powodu do przyjęcia, że zaoferowana cena nie jest rażąco zaniżona w szczególności zaś wyjaśnienia te nie odwoływały się do wskazanych w Pzp kryteriów, takich jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, co zostało również zauważone w publikacji »Prawo w szczególności« A.B. w »Doradcy«, że w **art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp** zostało użyte wyrażenie »w szczególności«. Stanowi to o otwartym katalogu czynników, na których zaistnienie może powoływać się **wykonawca** motywując zaoferowanie ceny, która nie będzie mogła być potraktowana jako rażąco niska. Przepis **art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp** brzmi »Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, **zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień**, w tym złożenie dowodów, dotyczących

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

Ponadto w wyjaśnieniach **wykonawcy** mogą zależnie od swojej dotychczasowej współpracy z różnymi podmiotami uzyskiwać różne ceny czasami nawet znacząco niższe niż oferowane innym **wykonawcom**. Dlatego wyliczanie ceny, którą powinien zaoferować **przystępujący** na podstawie obliczeń dokonanych przez **odwołującego** i tylko na podstawie doświadczeń **odwołującego** nie może zostać uznane przez **Izbę** za miarodajne w rozpoznawanym postępowaniu.

Również **Izba** stwierdza, że zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny nie można wysnuć na podstawie wskazania poszczególnych pozycji, których poziom cen może nawet znacznie odbiegać od poziomu cen za te pozycje w innych ofertach. Podobnie jest traktowana ta kwestia w orzecznictwie Izby, czego przykładem niech będzie wyrok **KIO** z 25 stycznia 2016 r. sygn. akt **KIO 28/16** »Orzecznictwo Izby odnoszące się do badania kwestii rażąco niskiej ceny oferty jest ugruntowane i niezmiennie, [...] stoi na stanowisku, że rażąco niską cenę oferty można jedynie ustalić w stosunku do całości przedmiotu zamówienia«. Odnosi się to do poszczególnych cen najmu sprzętu czy materiałów, a także poszczególnych kosztów osobowych.

W ocenie **Izby**, zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** oraz zarzut **drugi** naruszenia **art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp** – nie mogą zostać uwzględnione.

W ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** przez nieuwzględnienie ustawowego nakazu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie **wykonawców**, przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy POLAQUA**, obarczonej rażąco niską ceną, a następnie dokonując wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, dopuszczając w ten sposób do realizacji zamówienia za cenę dumpingową, nie pokrywającą kosztów realizacji zadania i nie uwzględniającej zysku **wykonawcy** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał, że **zamawiający** przeprowadzał rozpoznawane postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania **wykonawców**.

Zamawiający wezwał wszystkich **wykonawców**, których ceny ofertowe były niższe o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wśród tych wykonawców znaleźli się **odwołujący** i **przystępujący**. Wyjaśnienia wykonawców zostały sporządzone na podobnym poziomie szczegółowości oraz zostały zaopatrzone dowodami takimi jak umowy z podwykonawcami lub dostawcami czy cenniki za roboty oferowane w rozpoznawanym postępowaniu. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, że wyjaśnienia wykonawców (wraz z dowodami) odpowiadały zwróceniom się o udzielenie wyjaśnień przez zamawiającego. Na podstawie tych wyjaśnień zamawiający był w stanie dokonać weryfikacji zaoferowanych cen i doszedł do wniosku, że nie są one rażąco zaniżone.

W kwestii zysku Izba stoi na stanowisku wyrażonym w wyroku z 20 kwietnia 2012 r. sygn. akt 676/12 »realizacja przedmiotu zamówienia bez zysku sama przez się nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Sam brak wypracowania zysku nie przesądza o powyższym fakcie. Za rażąco niską cenę należy bowiem uznać, co zostało wskazane w ogólnej części uzasadnienia, taką która uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia. Zysk nie jest bowiem elementem [...] koniecznym do uznania, że tylko i wyłącznie w okolicznościach, w których występuje możliwa jest, z przyczyn obiektywnych, realizacja zamówienia. Ma on charakter fakultatywny i biorąc pod uwagę ocenę zaoferowanego wynagrodzenia pod kątem ceny rażąco niskiej nie sposób uznać, że jego brak uniemożliwiłby realizację przedmiotu zamówienia. Nie jest on elementem koniecznym dla kalkulacji ceny, w przeciwieństwie do kosztów materiałów, robocizny, transportu, podatku itp., tj. takich kosztów, których poniesienie jest niemożliwe do uniknięcia«.

Z tych względów w ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** – nie może być uwzględniony.

W ocenie **Izby**, zarzut **czwarty** naruszenia **art. 192 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp** przez zaniechanie wezwania **wykonawcy POLAQUA** do złożenia wyjaśnień w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp**, mimo że KIO orzeczeniem z **13 lipca 2016 r.** sygn. akt **KIO 1109/16**, dotyczącym postępowania w sprawie udzielenia tego samego zamówienia publicznego, nakazało ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, co implikowało ponowne żądanie przez **zamawiającego** udzielenia przez **wykonawcę POLAQUA** wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że po wyroku **Izby** z **13 lipca 2016 r.** o sygn. akt **KIO 1109/16** **zamawiający** nie był zobowiązany do ponownego żądania od **wykonawców** dokumentów, ale był zobowiązany m.in. do powtórzenia »czynności badania i oceny ofert«. W związku z tym **zamawiający** mógł przeprowadzić te czynności opierając się na dotychczas

zgromadzonych materiałach, jeżeli **zamawiający** uznał, że spełniają one wymagania ustawowe do podjęcia właściwej decyzji dotyczącej zbadania i ocenienia ofert.

Izba stwierdza, że **odwołujący** nie dowiódł, że w rozpoznawanej sprawie **zamawiający** nie mógł polegać na dotychczas zgromadzonych dokumentach i musiał żądać od **wykonawców** ponownego sporządzenia i złożenia materiałów.

Jednocześnie **Izba** zwraca uwagę, że w odpowiedzi na odwołanie **zamawiający** wskazał, że cyt. »nie wie czy w efekcie końcowym, brak ponownego wezwania **wykonawcy [przystępującego]** do wyjaśnień ceny oferty, **odwołujący** formułuje jako zarzut czy też potwierdza, że **zamawiający** takiego obowiązku nie miał, ponieważ w treści odwołania pojawiają się oba stwierdzenia«. **Izba** podkreśla, że **zamawiający** powinien takie niejednoznaczności rozumieć jako zarzuty, gdyż znajdują się one w dokumencie pn. odwołanie. Jednak nie ma to znaczenia dla rozpoznawanego postępowania. Podobnie jak nie ma znaczenia powołanie się **odwołującego** na naruszenie przez **zamawiającego** przepisu **art. 192 ust. 3 Pzp**, który dotyczy **Izby** i nie może w żadnym przypadku zostać naruszony przez **wykonawcę**. Wprowadzenie do wyliczenia **art. 192 ust. 3 Pzp** brzmi »Uwzględniając odwołanie, Izba może [...]«. Ponadto nie było istotne w rozpoznawanej sprawie omyłkowe przywołanie **art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp**, który w rzeczywistości nie istnieje. Takie przywołania niewłaściwych przepisów przez **odwołującego** nie miało jednak wpływu na ważność samego odwołania ani jego rozpatrzenie.

W ocenie **Izby**, zarzut **czwarty** naruszenia **art. 90 ust. 1 Pzp** – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: