

Sygn. akt: KIO 2036/16

WYROK
z dnia 9 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2016 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Ruda Śląska z siedzibą w Rudzie Śląskiej**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowy Dróg „Drogopol-ZW sp. z o.o. w Katowicach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich** 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 2015 r. poz. 2164 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Ruda Śląska z siedzibą w Rudzie Śląskiej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa odcinka trasy N-S od ul. Bukowej do ul. Kokota w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2016 r., nr 2016/S 106-188252.

W dniu 18 października 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „Drogopol-ZW sp. z o.o. w Katowicach, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, odwołujący wniósł 27 października 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez nieuzasadnioną ocenę, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i nieuzasadnione jej odrzucenie oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez dokonanie oceny i przyjęcie, że oferta złożona przez odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy jest zbliżona do innych ofert złożonych w postępowaniu, a wyjaśnienia odwołującego potwierdzają realność zaoferowanej ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i tym samym wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że pismem z dnia 22 września 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia szczegółowych kalkulacji, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak wynika wprost z wezwania zamawiającego przyczyną wezwania była wątpliwość zamawiającego odnośnie wysokości zaoferowanej ceny oferty odwołującego w wysokości 47.551.729,26 zł brutto, która jest niższa o 60,03% od wartości szacunkowej

zamówienia powiększonej o wartość VAT. Jak wskazał w wezwaniu zamawiający „wprawdzie Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę 102 244 529,00 zł brutto, to oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia w oparciu o art. 32 ust. 1 ustawy wynosi 118 954 413,39 zł brutto”. Następnie w wezwaniu zamawiający poprzestał na zacytowaniu przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz przywołaniu kilkadziesiąt pozycji z kosztorysu ofertowego, które w ocenie zamawiającego odbiegają o co najmniej 70% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odwołujący podniósł, że przywołane pozycje cen jednostkowych z oferty odwołującego oscylują w wysokości od kilku do kilkadziesiąt złotych. W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do elementów ceny, odwołujący podniósł, że złożył 5 października 2016 r. bardzo szczegółowe wyjaśnienia oraz poparł je stosownymi dowodami (łącznie ponad 200 stron wyjaśnień wraz z dokumentami i szczegółowymi kalkulacjami). Odwołujący wywiódł, że ww. wyjaśnieniami wykazał, że cena oferowana przez odwołującego na realizację zadania stanowiącego przedmiot zamówienia została skalkulowana w sposób uwzględniający wszystkie elementy i wymagania określone przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Zamawiający nie tylko wybiórczo potraktował wyjaśnienia odwołującego, ale przede wszystkim nie dostrzegł, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty są do siebie bardzo zbliżone. Przykładowo kolejni wykonawcy zaoferowali: DROGOPOL 48.322.181,58 zł brutto, NDI 53.322.545,63 zł brutto, STRABAG 53.095.069,72 zł brutto. Opierając się na nieznacznej różnicy (przykładowo w stosunku do kolejnego wykonawcy - oferty wybranej jako najkorzystniejszej - różnica zaoferowanej przez odwołującego ceny wynosi zaledwie 1,52%) zaoferowanych w postępowaniu pierwszych czterech ofert nie można mówić o rażąco niskiej cenie oferty odwołującego. Wywiódł, że nie obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej. Argumentował, że badając, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, należy brać pod uwagę cenę całej oferty, a nie ceny jednostkowe, czy też ceny za poszczególne części przedmiotu zamówienia. Tymczasem zamawiający w wezwaniu skierowanym do odwołującego poddał pod wątpliwość wyłącznie ceny jednostkowe. Odwołujący podniósł, że zamawiający powinien brać pod uwagę ostateczną cenę oferty, a nie kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych, szczególnie że ceny te - nawet jakby przyjąć, że są zaniżone, czemu całkowicie zaprzecza odwołujący, to nie mają żadnego wpływu na cenę ofertową w całości. Odwołujący wywiódł, że analizę ofert należy zawsze oprzeć na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie

pozwała na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych. Odwołujący argumentował, że opierając się na własnym doświadczeniu i konkretnych założeniach - wykazał, że jego oferta nie jest rażąco niska, ale także pozwala wygenerować odpowiedni zysk, a co najważniejsze jest to cena zbliżona do innych wykonawców, co potwierdza, że ma ona bezsprzecznie charakter rynkowy. Zamawiający w żaden sposób w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego nie odniósł się do tego, że cena zaproponowana przez odwołującego niesie ryzyko niewykonania zamówienia. Zaoferowana przez odwołującego cena nie tylko nie rodzi ryzyka niewykonania przedmiotowego zamówienia, ale także przedstawia rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego odwołującego. Wykazanie, iż cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, że nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, uzasadniających jej obniżenie w stosunku do kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie.

Dla przyjęcia powstania domniemania w przedmiocie wystąpienia ceny rażąco niskiej, nie jest w tym przypadku wystarczające odwołanie się do jakichkolwiek sztucznie przyjmowanych wielkości, jak np. wyliczeń własnych zamawiającego opierających się wyłącznie na porównaniu cen jednostkowych poszczególnych ofert, kwalifikujący je do przeprowadzenia procedur wyjaśniających. Zamawiający nie powinien również w świetle powyższego ograniczać wykonawcy co do zakresu składanych wyjaśnień, poprzez wskazanie konkretnych elementów oferty, co do których oczekuje wyjaśnień, ponieważ nie posiada żadnej wiedzy, które z elementów oferty mają, w odniesieniu do danego wykonawcy, istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości obniżenia ceny oferty w stosunku do cen normalnie występujących na rynku. Tym samym jedynie ewentualny brak złożenia wyjaśnień lub złożenie ogólnych wyjaśnień (bez kalkulacji lub dowodów), nie uzasadniających wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewających wątpliwości zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, mógłby pociągać za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „Drogopol-ZW sp. z o.o. w

Katowicach. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 22 września 2016 r. do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty odwołującego mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego z 5 października 2016 r., stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z 18 października 2016 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, pismo procesowe odwołującego wraz z załącznikami jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty stron i 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. 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 przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „Drogopol-ZW sp. z o.o. w Katowicach, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

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.

Oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do

nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że odwołującemu przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa odcinka trasy N-S od ulicy Bukowej do ulicy Kokota w Rudzie śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został opisany przez zamawiającego w załączniku nr 7 do SIWZ, załączniku nr 9 do SIWZ (przedmiar robót), załączniku nr 10 do SIWZ (specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót), załączniku nr 11 do SIWZ (dokumentacja projektowa (budowlano-wykonawcza) (rozdział III SIWZ).

Jak wynikało z rozdziału XIX SIWZ, cenę ofertową należało wyliczyć w oparciu o dołączone do SIWZ przedmiary robót, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz dokumentację projektową budowlano-wykonawczą. Wyliczona w ten sposób cena miała być rozliczona w oparciu o kosztorys powykonawczy (rzeczywiste obmiary wykonanych robót) – wynagrodzenie kosztorysowe. Również w świetle postanowienia pkt 27.1.2. wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 12 do SIWZ, wynagrodzenie za wykonanie przedmiaru robót miało mieć charakter kosztorysowy. Rozliczenie robót miało nastąpić w oparciu o kosztorys powykonawczy (rzeczywiste obmiary wykonanych robót). W świetle pkt 27.1.5 wzoru umowy, za wartość wykonanych robót miał być uznany iloczyn ilości odebranych robót budowlanych, ustalonych na podstawie sprawdzonych i zatwierdzonych przez inspektora nadzoru obmiarów i odpowiadających im określonych umową i ofertą cen jednostkowych.

Jak wynikało z pkt 2 protokołu postępowania, wartość zamówienia została ustalona ostatecznie zgodnie z ostatnią aktualizacją kosztorysu inwestorskiego z maja 2016 r. na kwotę 96.088.619,22 zł netto. Na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 102.244.529,00 zł brutto (pkt 8 protokołu).

Do upływu terminu składania ofert, do zamawiającego wpłynęło 9 ofert:

- a) oferta konsorcjum Berger Bau Polska sp. z o.o. z ceną brutto 57.059.435,19 zł,
- b) oferta przystępującego z ceną brutto 48.322.181,58 zł,
- c) oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. z ceną brutto 57.804.798,97 zł,
- d) oferta odwołującego z ceną brutto 47.594.779,96 zł,
- e) oferta wykonawcy Budimex S.A. z ceną brutto 57.308.599,42 zł,
- f) oferta konsorcjum Strabag z ceną brutto 53.095.055,77 zł,
- g) oferta konsorcjum NDI S.A. z ceną brutto 53.454.758,25 zł,
- h) oferta wykonawcy M-Silnice a.s. z ceną brutto 61.043.024,66 zł,

i) oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. z ceną brutto 58.920.921,90 zł.

Odwołujący załączył do swej oferty kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną (s. 5 i n. oferty).

Następnie ustalono, że 22 września 2016 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że jego wątpliwości wzbudza to, że zaoferowana przez odwołującego cena 47.551.729,26 zł brutto jest niższa o 60,03% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość VAT.

W dalszej części wezwania zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień, w tym do złożenia szczegółowych kalkulacji, która będzie zawierać m.in. cenę materiałów, koszty pracy, koszty transportu (sprzętu) itp. obejmujących wymienione przez zamawiającego pozycje kosztorysu ofertowego – cen jednostkowych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wymienił 57 pozycji kosztorysu ofertowego. Poinformował także, że w celu zachowania równego traktowania wykonawców, przy wezwaniu każdego z wykonawców przyjął jako kryterium wezwania do wyjaśnienia podanych wyżej cen jednostkowych, ceny jednostkowe niższe o co najmniej 70% od średniej arytmetycznej poszczególnych cen jednostkowych wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wskazał także, że w wyjaśnieniach należy odnieść się w szczególności do kosztów pracy, które zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył pismo z 5 października 2016 r. wraz z załącznikami, którego treść zastrzegł jako tajemnica swego przedsiębiorstwa.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z 18 października 2016 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał co następuje:

Z uwagi na fakt, iż zaproponowana przez Wykonawcę cena ofertowa posiada znamiona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pismem z dnia 22.09.2016r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, w tym do przedłożenia szczegółowych kalkulacji, która miała zawierać m.in. cenę materiałów, koszty pracy, koszty transportu (sprzętu) itp. dla

wyszczególnionych pozycji cen jednostkowych, jakie miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W odpowiedzi na pismo Wykonawca przedłożył wyjaśnienia, które jedynie w części odpowiadają wezwaniu Zamawiającego - brak w nich szczegółowej kalkulacji dla zdecydowanej większości wyszczególnionych w wezwaniu pozycji cen jednostkowych— (szczegółowa kalkulacja została złożona tylko dla jednej ze wskazanych w wezwaniu pozycji 13.1. element 02). Zamiast tego, Wykonawca zastąpił szczegółową kalkulację przedkładając oferty podwykonawców. Przedstawione dokumenty nie obejmują informacji jakie miała zawierać kalkulacja (oprócz wskazania wartości za jaką podwykonawca zobowiązał się wykonać dany zakres, brak jest informacji dotyczących szczegółowego wyliczenia danej pozycji). Tymczasem z przedłożonych dokumentów wynika, iż ok.90 % wyszczególnionych pozycji będą wykonywać podwykonawcy. Przedłożenie takich wyjaśnień jest niewystarczające, gdyż nie zawiera wymaganych części składowych kalkulacji. Informacje podane w wyjaśnieniach powinny być na tyle konkretne, aby możliwe było uchwycenie ich wymiernych korzyści i wartości ekonomicznych, a także możliwa weryfikacja wiarygodności złożonych twierdzeń Wykonawcy. Nieprzedłożenie kalkulacji zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego uniemożliwia pozytywną weryfikację wyjaśnień. Zbyt ogólna treść wyjaśnień stanowi jedynie nieweryfikowalne twierdzenie Wykonawcy, niepoparte dowodami, jakimi w tym przypadku miały być m.in. szczegółowe kalkulacje wyliczenia wskazanych przez Zamawiającego pozycji cenowych. Należy zatem stwierdzić, iż Wykonawca swoimi wyjaśnieniami nie udowodnił realności ceny ofertowej czyli tego, że za wskazaną kwotę jest w stanie wykonać zamówienie. Już sam brak zażądaną szczegółowej kalkulacji, która miała stanowić jeden z dowodów potwierdzających, że cena jest realna i nie jest rażąco niska, stanowi podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy, co potwierdza orzeczenie w sprawie, której stroną był Zamawiający (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 929/10).

Istotność tego dowodu potwierdza analiza jednej z badanych pozycji cenowych, którą to Wykonawca miał wyjaśnić i przedstawić jej szczegółową kalkulację, a która to miała wpływ na wysokość całej ceny ofertowej. Pozycją tą jest pkt 8.3 Elementu 02 - Wykonanie nasypów z gruntu kat. I-IV z pozyskaniem i transportem. Wykonawca wycenił tę pozycję w ofercie na bardzo niskim poziomie, tj. 6,74 zł za 1m³ netto, co daje kwotę łączną pozycji 1 559 474,24 zł netto. Cena ta jest o 86% niższa od wartości zawartej w kosztorysie inwestorskim, a w stosunku do cen podanych w ofertach pozostałych wykonawców, niższa o 70% od średniej złożonych cen za tę pozycję. Wykonawca nie wykazał w jaki sposób skalkulował tak nisko tę istotną pozycję. Przy tak niskiej wycenie pozycji, zdaniem Zamawiającego nie jest realne pozyskanie materiału spełniającego normy jakościowe podane w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (Zamawiający jednoznacznie przy tym zastrzegł, iż nie może to być tłupek czarny). To, że w podanej cenie nie jest realne wykonanie prac stanowiących

omawianą pozycję, potwierdza oferta cenowa na kruszywo dołączona do wyjaśnień, w której cena jednostkowa za 1 tonę kruszywa jest znacznie wyższa od podanej ceny jednostkowej pozycji 8.3. (jako, że była to jedyna oferta na kruszywo, jaką załączył Wykonawca, Zamawiający może odnieść się tylko do ceny wskazanej w tej ofercie). Logicznie rzecz ujmując należy założyć, że cena materiału w ofercie Wykonawcy musi być zresztą jeszcze niższa, ponieważ jest to wycena całej pozycji, która oprócz kosztów materiału powinna zawierać także koszt pracy sprzętu i robocizny. Brak szczegółowej kalkulacji, której wymagał Zamawiający, uniemożliwia jednak odniesienie się do tej ceny kruszywa.

Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, „zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości Zamawiającego, co do rynkowego charakteru oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy. Powyższe stanowisko potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 20 maja 2010r. (KIO 730/10), w którym czytamy m.in. „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”. Podkreślenia wymaga fakt, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy). Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca nie przedkładając wymaganych dowodów nie wypełnił spoczywającego na nim obowiązku.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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:

1) 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);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

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

Nie było sporne pomiędzy stronami, że cena oferty odwołującego różniła się o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica tego rodzaju pomiędzy ceną oferowaną a wartością zamówienia musi wzbudzić podejrzenia i prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wezwał odwołującego w dniu 22 września 2016 r. do przedstawienia wyjaśnień. Wyjaśnienia te zaś powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Przy czym ciężar udowodnienia zamawiającemu realności zaoferowanej ceny spoczywał na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, w tym przypadku na odwołującym.

Nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego jakoby zamawiający popełnił błąd przy treści wezwania z 22 września 2016 r. Po pierwsze, nie znajdowało oparcia w treści wezwania stwierdzenie jakoby zamawiający miał nie wzywać do wyjaśnienia całości ceny ofertowej. Jak wynikało z początkowej części wezwania zamawiający zobowiązał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W kolejnym zdaniu zamawiający wskazał, że jego wątpliwości wzbudza cena całej oferty, różniąca się znacząco od wartości szacunkowej zamówienia. Dopiero w dalszej części wezwania zamawiający poprosił odwołującego dodatkowo o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie szczegółowej kalkulacji obejmującej cenę materiałów, koszty pracy, koszty transportu (sprzętu) itp. dla enumeratywnie wymienionych cen jednostkowych ujawnionych w kosztorysie ofertowym.

Wobec powyższego – wbrew stanowisku odwołującego – odwołujący zobowiązany został do wyjaśnienia całości ceny ofertowej. Zresztą - jak się wydaje – sam odwołujący tak zrozumiał treść wezwania, gdyż w odpowiedzi na nie podjął próbę wyjaśnienia nie tylko pozycji kosztorysu wymienionych szczegółowo w wezwaniu. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący przedstawił zamawiającemu kalkulacje dla tych pozycji kosztorysu, które odniosły się do robót, jakie zamierzał wykonać siłami własnymi (bez udziału podwykonawców). Znakomita większość cen jednostkowych wymienionych w tabeli pierwszej na stronie 15 wyjaśnień z 5 października 2016 r. nie odnosiła się do pozycji kosztorysu, o jakich była mowa w wezwaniu (taki charakter miała tylko pozycja 13.1. elementu 02).

Niezasadne okazało się stanowisko odwołującego, jakoby pozycje kosztorysowe wymienione w wezwaniu zamawiającego z 22 września 2016 r., miały marginalne znaczenie, gdyż oscylowały w granicach od kilku do kilkudziesięciu złotych. Taki charakter miało jedynie kilka z 57 pozycji, o jakie odwołujący został zapytany. Sam odwołujący oświadczył w trakcie rozprawy, że łączna wartość tych pozycji wynosiła co najmniej około 20% całej ceny ofertowej. Sama wartość pozycji 8.3. z elementu 02 to około 1,5 mln zł. Nie można było zatem utrzymywać, że ceny jednostkowe, o które pytał zamawiający, nie mają większego znaczenia dla całkowitej ceny ofertowej.

Podkreślić należało, że wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie, będzie przysługiwało wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym. Powyższe wprost wynikało z rozdziału XIX SIWZ, w którym wskazano, że cenę ofertową należało wyliczyć *w oparciu o dołączone do SIWZ przedmiary robót, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz dokumentację projektową budowlano-wykonawczą. Wyliczona w ten sposób cena miała być rozliczona w oparciu o kosztorys powykonawczy (rzeczywiste obmiary wykonanych robót) – wynagrodzenie kosztorysowe.* Również w świetle postanowienia pkt 27.1.2. wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 12 do SIWZ, wynagrodzenie za wykonanie przedmiaru robót miało mieć charakter kosztorysowy. Rozliczenie robót miało nastąpić w oparciu o kosztorys powykonawczy (rzeczywiste obmiary wykonanych robót). Natomiast w świetle pkt 27.1.5 wzoru umowy za wartość wykonanych robót miał być uznany iloczyn ilości odebranych robót budowlanych, ustalonych na podstawie sprawdzonych i zatwierdzonych przez inspektora nadzoru obmiarów i odpowiadających im określonych umowa i oferta cen jednostkowych.

W przywołanych postanowieniach SIWZ zamawiający przesądził jednoznacznie, że wykonawca otrzymała wynagrodzenie w wysokości będącej iloczynem cen jednostkowych wynikających z kosztorysu ofertowego i obmiaru rzeczywiście wykonanych robót. Przy takim charakterze wynagrodzenia jeszcze większego znaczenia nabrała prawidłowość kalkulacji co najmniej najistotniejszych cen jednostkowych. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym to właśnie te ceny jednostkowe, a nie cena globalna podana w ofercie, w ostatecznym

rozrachunku decydują o tym, jakie wynagrodzenie osiągnie wykonawca. Zamawiający miał zatem prawo dodatkowo zobowiązać wykonawców do przedstawienia w szczególności sposobu kalkulacji dla cen jednostkowych, które budziły jego wątpliwości.

Niezasadne okazało się stanowisko odwołującego, jakoby miał złożyć zamawiającemu „bardzo szczegółowe wyjaśnienia, które zostały poparte stosownymi dowodami”. Jak wynikało z analizy wyjaśnień odwołującego szczegółowe kalkulacje przedstawił jedynie dla tych prac, które wykonawca miał zamiar wykonać siłami własnymi. Tylko w odniesieniu do tych prac odwołujący ujawnił swe założenia oraz wysokość głównych czynników cenotwórczych, tj. koszt materiałów, sprzętu, koszty transportu i robocizny. Natomiast co do pozostałej części robót, którą odwołujący zamierzał wykonać przy pomocy podwykonawców, poprzestał jedynie na złożeniu ofert podwykonawców (w formie kosztorysu uproszczonego) i określeniu swej marży narzuconej na ceny podwykonawców.

Taki sposób skonstruowania wyjaśnień sprawił, że poza ujawnieniem wysokości marży odwołującego i nazw podwykonawców, nie przedstawiono zamawiającemu żadnych dodatkowych informacji, pozwalających prześledzić prawidłowość kalkulacji robót ponad te, które zamawiający już posiadał po analizie kosztorysu ofertowego załączonego do oferty odwołującego. Zamawiający dysponował już bowiem kosztorysem uproszczonym (s. 5 i n. oferty odwołującego). W szczególności w wyjaśnieniach i dowodach zabrakło jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych.

Nie można było się zgodzić z argumentacją odwołującego, jakoby w świetle wezwania z 22 września 2016 r. wystarczające było złożenie tylko oferty podwykonawców zawierającej kosztorysy uproszczone i ujawnienie zysku odwołującego. Owszem zamawiający nie zobowiązał wykonawcy do złożenia kosztorysu szczegółowego, tylko kalkulacji szczegółowej. Dostrzeżenia wymagało jednak, że zamawiający wyraźnie przesądził w wezwaniu, co oczekiwana kalkulacja powinna zawierać wskazując, że musi określać koszty materiałów, transportu (sprzętu), a także koszty pracy.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący, w odniesieniu do robót budowlanych wykonywanych przez podwykonawców, w tym w odniesieniu do pozycji wyraźnie wymienionych w wezwaniu, nie przedstawił w swym piśmie jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych. Wykonawca nie ujawnił elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które umożliwiłyby ustalenie, że podwykonawcy prawidłowo oszacowali koszty robót, które zamierzają wykonać. Uszło uwadze odwołującego, że celem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ustawy Pzp, jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Od obowiązku ujawnienia tych czynników nie zwalnia wykonawcy robót fakt, że daną część robót zamierza wykonać przy pomocy podwykonawcy. Tym bardziej, że odwołujący

sam przyznał na rozprawie, że w swej cenie ofertowej zaimplementował wprost ceny ofertowe zaproponowane mu przez podwykonawców.

Nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, że zamawiający ograniczył mu środki dowodowe, jakimi mógł uwiarygodnić zaoferowaną cenę. W treści wezwania zamawiający zwrócił się do odwołującego „o złożenie wyjaśnień, w tym do złożenia szczegółowych kalkulacji, która będzie zawierać m.in. cenę materiałów, koszty pracy, koszty transportu (sprzętu) itp”. Z powyższego wynikało zatem, że zamawiający nie wykluczył innych dowodów, a szczegółowa kalkulacja miała być jednym z nich. Odwołujący miał zatem możliwość złożenia wszelkich dowodów, byleby w oparciu o nie możliwe było ustalenie wysokości ww. najważniejszych elementów cenotwórczych. Ponadto zamawiający nie ograniczył też możliwości wskazywania czynników, które miały wpływać na możliwość obniżenia ceny, a niezwiązanych stricte z pozycjami, których kalkulację zamawiający chciał w szczególności poznać. Wszak poprosił o wyjaśnienie całości ceny ofertowej.

Niezasadne było powoływanie się na fakt, że inni wykonawcy zaoferowali zamawiającemu zbliżone globalne ceny ofertowe czy ceny za ten sam element robót, co odwołujący usiłował wykazywać zestawieniami załączonymi do pisma procesowego. Uszło uwadze odwołującego, że w przeciwieństwie do odwołującego, wykonawcy ci sprostali obowiązkowi złożenia zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień, w których uzasadnili prawidłowość kalkulacji swej ceny ofertowej. Na podstawie udowodnionej wysokości kosztów materiałów, sprzętu, robocizny, pracy i transportu zamawiający był w stanie ustalić, że przy takich a nie innych kosztach, jakie dany wykonawca poniesienie, jego oferta jest skalkulowana poprawnie. Zaoferowanie takiej, a nie innej ceny ofertowej mogło być wynikiem wystąpienia czynników i kosztów dostępnych jedynie danemu wykonawcy, a które niekoniecznie musiały być dostępne odwołującemu. Odwołujący, który nie sprostął ciężarowcowi udowodnienia realności swej ceny w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, nie może wyprowadzać dla siebie korzystnych wniosków z faktu, że inni wykonawcy, którzy zaoferowali zamawiającemu zbliżone ceny, temu obowiązkowi sprostali.

Obowiązku udowodnienia przed zamawiającym realności ceny nie mogło zastąpić złożenie przed Izbą dowodu w postaci sporządzonego przez samego odwołującego zestawienia cen ofertowych w historycznych przetargach. Dowód ten mógł co najwyżej świadczyć o tym, że w tamtych postępowaniach występowały określone rozbieżności cenowe pomiędzy ofertami. Powyższe nie dowodziło jednak żadną miarą, że w obecnym postępowaniu odwołujący sprostął obowiązkowi wykazania zamawiającemu realności zaoferowanej ceny.

Odwołujący nie może także domagać się od zamawiającego, aby ten wiedział, że jednym z czynników umożliwiających obniżenie ceny jest fakt, że jeden z podwykonawców jest jednocześnie producentem kruszywa, które ma być używane w trakcie wykonywanych

przez niego robót. Informacje takie odwołujący przekazał bowiem zamawiającemu nie w ramach wyjaśnień, ale dopiero w trakcie rozprawy, załączając stosowne wydruki ze stron internetowych do swego pisma procesowego. Uszło uwadze odwołującego, że Izba bada prawidłowość czynności zamawiającego, która została podjęta na podstawie takich a nie innych wyjaśnień złożonych mu przez wykonawcę.

Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywał na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień, w tym przypadku na odwołującym. Odwołujący uchylając się od złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie sprostą temu obowiązkowi. Ponieważ nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia należało stwierdzić, że zaoferował zamawiającemu taką właśnie cenę. W konsekwencji oferta odwołującego powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co nastąpiło. Zarzut naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów należało zatem uznać za niezasadny.

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego nie znalazły natomiast potwierdzenia przypuszczenia zamawiającego, jakoby w zakresie pozycji 8.3 elementu 02 „wykonanie nasypu z grunt kat I-IV z pozyskaniem i transportem” odwołujący zaoferował cenę poniżej cen zaoferowanych mu przez podwykonawcę. Jak wynikało z analizy wyjaśnień odwołującego część kosztów tych prac wykonawca ujął bowiem w pozycji dotyczących urządzenia i utrzymania zaplecza. Powyższe jednak nie prowadziło jednak do konieczności uwzględnienia odwołania, gdyż - jak słusznie wskazał zamawiający - wystarczającą i samoistną podstawą odrzucenia oferty odwołującego było nieudowodnienie realności ceny ofertowej w odniesieniu do tych robót, które będą wykonywane przez podwykonawców, co w przypadku oferty odwołującego oznaczało nieudowodnienie realności ponad 80% ceny ofertowej.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W tych samych względów nie znalazł potwierdzenia także zarzut naruszenia art. 7 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 analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje*

postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: