

Sygn. akt: KIO 1153/16

WYROK
z dnia 13 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2016 r. przez wykonawcę: **Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z o.o., ul. Grygowej 23, 20-260 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Lublinie, ul. Grodzka 12, 20-112 Lublin,**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z o.o., ul. Grygowej 23, 20-260 Lublin, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z o.o., ul. Grygowej 23, 20-260 Lublin tytułem wpisu od odwołania.**

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Lublinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Roboty budowlane polegające na budowie odcinków dróg wewnętrznych (ul. Zygmunta Augusta i ul. Królowej Bony) wraz z budową sieci kanalizacji deszczowej oraz oświetlenia drogowego na osiedlu Felin w Lublinie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 maja 2016 r. pod nr 133640 – 2016.

W dniu 23 czerwca 2016 r. wykonawca - Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie został powiadomiony przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „Pzp”.

Wykonawca, Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę;
2. art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień i stwierdzenie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie dalszych wyjaśnień w sytuacji, gdy dokument złożony przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 90 ust. 1 budzi uwagi Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 15 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, tj. kosztorysu szczegółowego z uwagami i wyjaśnieniami.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący pismem z dnia 16 czerwca 2016 r. wyjaśnił kompleksowo elementy cenotwórcze, okoliczności przemawiające za realną możliwością wykonania przedmiotowego postępowania za cenę wskazaną w ofercie.

W ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp może mieć miejsce jeśli wykonawca wyjaśnień nie złożył lub gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył wyjaśnienia, a ich ocena wraz dostarczonymi dowodami potwierdza, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. O ile ciężar wykazania, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, o tyle możliwość odrzucenia na tej podstawie pojawia się dopiero kiedy Zamawiający po dokonaniu oceny tych wyjaśnień ma pewność, iż cena ta jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że w treści oferty wymienił elementy wpływające na cenę, w tym w szczególności prowadzenie działalności w niedalekiej odległości od miejsca wykonania zamówienia, technologię wykonania prac. Oferta Odwołującego została skalkulowana na podstawie: dokumentacji technicznej, przedmiarów robót, znajomości terenu, analizy rynku oraz ofert dostawców i podwykonawców. Wykonawca założył minimalny zysk w wysokości 4 %. Ponadto, w treści wyjaśnień Odwołujący precyzyjnie określił, iż:

1. do kalkulacji ceny ofertowej użyte zostały nośniki kosztów pracy na poziomie minimalnego wynagrodzenia za pracę;
2. kalkulacja mas bitumicznych została oparta na aktualnych cenach asfaltu wraz z rabatem sezonowym dla Grupy Kapitałowej Lubartów (załączając kopię cennika do wyjaśnień). Odwołujący dysponuje własną otaczarką z wdrożoną Zakładową Kontrolą Produkcji ZKP wymaganą dla mieszanek mineralno – asfaltowych;
3. kalkulacja podbudów została oparta na cenach kruszyw z Kopalni Dolomitu S.A. (oferta została załączona do wyjaśnień);
4. kalkulacja cen robót brukarskich opiera się o oferty dostawców, tj. Zakład Wyrobów Betoniarskich s.c. J. i M. P.;
5. kalkulacja cen branży sanitarnej została oparta o oferty różnych dostawców w założeniu o najniższe ceny, tj. z PPHU WOLMAT, TRYKACZA, NEPTUN, P.P.H.U, PB-PIPE (oferty załączono);
6. kalkulacja podbudów z gruntu stabilizowanego cementem oraz betonów cementowych została oparta na kalkulacji z własnego węzła betoniarskiego;
7. ze względu na dysponowanie własnym sprzętem i środkami transportu Odwołujący w kalkulacji pracy sprzętu oraz transporcie ujął wyłącznie cenę paliwa i operatorów/kierowców bez amortyzacji sprzętu.
8. kosztorysy zostały opracowane w oparciu o podane w przedmiarach KNR, ale normy pracy ludzi i sprzętu zostały indywidualnie dostosowane do jednostek sprzętowych, jakie

- są w posiadaniu Odwołującego, w oparciu o zakładowe kalkulacje pracy ludzi i sprzętu;
9. lokalizacja bazy sprzętowej, otaczarki do produkcji mieszanek mineralno - bitumicznych, węzła betoniarskiego jest w odległości około 1,5 do 2 km od placu budowy, co znacznie minimalizuje koszty transportu i zaplecza budowy (najbliżej ze wszystkich wykonawców);
 10. kalkulacja cen robót branży elektrycznej opiera się o ofertę podwykonawcy WOLTEKO sp. z o.o. Sp. komandytowa, która została załączona wraz z kosztorysem szczegółowym do wyjaśnień Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że oferta Odwołującego jest niższa od średniej arytmetycznej ceny wszystkich złożonych ofert tylko o 21,7 %, a przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ i załącznikami do SIWZ. W związku z tym nie można uznać, że Odwołujący nie przedstawił konkretnych elementów czy też okoliczności, które uzasadniałyby niższą cenę od innych wykonawców. Przedstawione wyjaśnienia wskazują na szczególne sprzyjające okoliczności, a także na rabat, czy konkretny koszt pracy sprzętu.

Odwołujący podniósł, iż zastosowana stawka Rg w wysokości 11 zł nie jest stawką pozorną lecz rzeczywistą. Zastosowane przez Odwołującego współczynniki nie zmniejszają stawki Rg lecz normę pracy. Dostosowują normę podaną przez Zamawiającego w KNNR do normy, jaka obowiązuje w spółce Odwołującego. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w przedmiarze robót co prawda może być wpisany określony katalog (np. KNR, KNNR, KSNR) ale wyłącznie jako tzw. kod pozycji przedmiaru (tj. oznaczenie rozumienia jako ciąg znaków - liter i cyfr). Określony katalog nie może wystąpić jako wskazana podstawa, którą należy przyjmować do kalkulacji kosztorysowej. Zamawiający przy analizie norm zakładowych Odwołującego błędnie odwołuje się do tych podstaw wyceny, porównując normy pracy ludzi i sprzętu do norm KNNR. Ze względu na narzucenie przez Zamawiającego w przedmiarach katalogu KNNR jako podstaw wyceny – Odwołujący musiał zastosować współczynniki do norm pracy ludzi i sprzętu w celu uzyskania normy obowiązującej w firmie Odwołującego. Zakładowe normy u Odwołującego zostały skalkulowane w oparciu o wieloletnie doświadczenie w robotach drogowych oraz w oparciu o wydajność sprzętu jaki jest w dyspozycji Odwołującego. KNNR zaś zostały opracowane około dwadzieścia lat wcześniej i nie uwzględniają postępu technicznego, jaki cały czas dokonuje się w produkcji sprzętu budowlanego.

Zamawiający w SIWZ (pkt 14.4) wskazał, że podane tabele KNR, KNNR itp., nie stanowią podstawy do kalkulacji nakładów rzeczowych i obliczenia cen jednostkowych, a wykonawca zobowiązany jest określić ceny jednostkowe poszczególnych robót w oparciu o zapisy zawarte w specyfikacji technicznej (kol. Nr 3) oraz o własne dane, rozeznanie rynku, warunki panujące w firmie itd. Użytecznymi przy tym mogą być w dalszym ciągu m.in. Katalogi nakładów rzeczowych, lecz Zamawiający powołuje się na nie jedynie dla uściślenia opisu robót, a nie dla wykorzystania jako podstawy nakładów rzeczowych. Tajemnicą

handlową wykonawcy jest sposób lub źródło określenia cen jednostkowych czy nakładów. Tymczasem przy analizie oferty Zamawiający odwołuje się do norm KNNR, wbrew ww. postanowieniom.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przy ryczałtowym charakterze zamówienia nie rozpatrywał kompleksowo całej oferty. Zamawiający odniósł się tylko do zmniejszonych jego zdaniem „norm”, a nie analizował zwiększonych norm pracy ludzi w pozycjach dotyczących ustawienia krawężników, obrzeży, przestawienia zapór drogowych. Treść oferty wskazuje, iż z pełnym rozeznaniem rynku dokonał on kalkulacji cen posiadając wiedzę, które normy KNNR są zaniżone lub zawyżone w stosunku do obowiązujących cen rynkowych.

Argumentem uzasadniającym realne i rzetelne skalkulowanie ceny oferty Odwołującego jest również porównanie jej do cen oferowanych w innych postępowaniach. Ceny oferowane na danym rynku są często bardziej realnym i miarodajnym wskaźnikiem w kwestii badania rażąco niskiej ceny niż szacunkowa wartość zamówienia. Analiza rynku w branży drogowej potwierdza, że zaproponowane ceny robót ziemnych i bitumicznych w ofercie Odwołującego są cenami obowiązującymi na rynku lubelskim od początku 2016 r. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył trzy umowy wraz kosztorysami zawarte w roku 2016 z Gminą Bychawa, Gminą Milejów, Gminą Strzyżewice. Wszystkie ww. inwestycje są oddalone od siedziby Odwołującego o około 15-30 km, a więc nie może być mowy o sprzyjających warunkach ich wykonania, tak jak w rozpatrywanym przypadku. Cena samochodu samowładowczego - 10 zł/Mg występuje w pozycjach dotyczących wykonania warstw bitumicznych.

Zamawiający narzucił podstawy wyceny oraz zasady sporządzenia kosztorysu ofertowego. W druku oferty Zamawiający wymagał podania nośników cenotwórczych kosztorysu takich jak Rg - roboczogodzina, Kp- koszty pośrednie, Kz - koszty zakupu, Z- zysk, miały one wpływ na sposób wykonania kalkulacji. 1% doliczony do ceny mieszanki mineralno - bitumicznej nie pozwoliłby na pokrycie kosztów transportu masy dlatego Odwołujący dodał samochód samowładowczy z normą i ceną pozwalającą na pokrycie tych kosztów. Jeżeli zsumujemy te dwie wartości otrzymamy cenę za jaką Odwołujący jest w stanie transportować masę z wytwórni do miejsca wbudowania. Podanie ceny samochodu na poziomie 50-55 zł/Mg, tak jak w innych pozycjach, znacznie zawyżyłoby wartość jednostkową danych pozycji. Powyższe potwierdza, że Odwołujący skalkulował ofertę rzetelnie.

Ceny materiałów podstawowych zastosowane w ofercie Odwołującego opierają się na ofertach dostawców lub kalkulacji własnej tak, jak mieszanka mineralno-asfaltowa i mieszanka betonowa, 2,5 MPa. Oba te produkty Odwołujący produkuje na terenie bazy przy ul. Grygowej. 23 w Lublinie. Dysponuje on otaczarką do produkcji betonów asfaltowych

oraz węzłem betoniarskim do produkcji betonów cementowych. W załączeniu Odwołujący złożył kalkulację cen ww. wyrobów.

Odwołujący załączył do odwołania: normy zakładowe (szt. 10), wycenę produkcji podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem $R_m = 2,5$ MPa, wycenę produkcji podbudowy bitumicznej AC 22P PMB 25/55-60 KR3-6, wycenę produkcji warstwy ścieralnej AC 8 S PMB 45/80-55, ofertę na dostawę kruszyw CEMEX Sp. z o.o., ofertę na zakup mączki wapiennej (kruszywo wypełniające do mas bitumicznych) TELEFAX, ofertę sprzedaży cementu z transportem PRD Lubartów S.A., ofertę sprzedaży kruszyw na 2016 rok Kopalni Dolomitu S.A., ofertę sprzedaży asfaltu i transportu asfaltu ORLEN PŁOCK wraz załącznikami (3 szt.), ofertę sprzedaży betonu firmy BETONMIKS.

Kalkulacja mas bitumicznych została oparta na aktualnych cenach asfaltu wraz z rabatem sezonowym dla Grupy Kapitałowej Lubartów (kopia cennika w załączeniu do odwołania). Odwołujący podniósł, iż dysponuje własną otaczarką z wdrożoną Zakładową Kontrolą Produkcji „ZKP” wymaganą dla mieszanek mineralno-asfaltowych.

Odwołujący podkreślił, że przedstawione w piśmie Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2016 r. ceny mieszanek mineralno-bitumicznych (betonów asfaltowych) nie są cenami rynkowymi, gdyż są to tylko ceny opublikowane w wydawnictwie SEKOCENBUD II kwartał 2016 Informacje o cenach materiałów budowlanych, a w konsekwencji obejmują ceny mieszanek wraz z kosztami zakupu (transportu na odległość nawet do 100 km). Ceny wskazane w wydawnictwie SEKOCENBUD II kwartał 2016 nie obejmują również pełnego asortymentu wyrobów w rozbiciu na zastosowane materiały (kruszywa i lepiszcze) czy też kategorię ruchu. Podane są najdroższe produkty dla najwyższych kategorii ruchu (KR 5-6 - autostrady).

Cena mieszanki betonowej 2,5 MPa wskazana w ofercie opiera się o kalkulację własną (w załączeniu) odzwierciedlającą ceny rynkowe. Na dowód powyższego Odwołujący złożył cennik firmy BETONMIX Sp. z o.o., która potwierdza wiarygodność wyceny.

Cena cementu sprzedawanego luzem wskazana w ofercie opiera się na ofercie PRD Lubartów S.A. z dnia 04.04.2016 i obowiązuje w całej grupie kapitałowej Lubartów, do której należy również wykonawca (oferta w załączeniu do odwołania). W kosztorysach sanitarnych, gdzie konieczne jest zastosowanie cementu workowanego kupowanego w małych ilościach cena jest wyższa i wynosi 360 zł/Mg.

Cena materiałów pomocniczych, takich jak deski czy krawężniki w wysokości 10 zł/m³ wynika z faktu, że są to materiały wielokrotnego użytku wykorzystywane na różnych budowach. Koszt ich zakupu został już zaksięgowany w innej inwestycji i nie będą one stanowiły obciążenia finansowego tej budowy.

W zakresie robót sanitarnych Odwołujący wyjaśnił, że jedna pozycja dotycząca umocnienia ścian wykopów palami szalunkowymi stalowymi została dostosowana do

obecnych technologii, tj. zabezpieczenie ścian wykopu płytami wykopowymi w cenie jednostkowej 10,57 zł/m². Pozostałe normy robocizny i pracy sprzętu nie zostały zmienione w stosunku do KNNR. Ceny materiałów opierają się na cenach dostawców, których oferty przedłożono Zamawiającemu. Materiały zostały dostosowane do wyszczególnionych w dokumentacji technicznej parametrów technicznych oraz ilości.

Ponadto, z dziewięciu firm, które złożyły oferty, tylko trzy są w posiadaniu własnej wytwórni betonów asfaltowych, stacjonarnych węzłów betoniarskich oraz rozkładarek mas mineralno-bitumicznych.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający bazując na wyjaśnieniach Odwołującego oraz na informacjach powszechnie dostępnych mógł w sposób obiektywny stwierdzić, iż przedstawiona w ofercie cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł również, iż treść wezwania opierała się wyłącznie na przytoczeniu treści art. 90 ust. 1 Pzp. Wezwanie było wyjątkowo ogólne. Zamawiający nie wnosił o przedstawienie zakładowych kalkulacji pracy ludzi i sprzętu czy kalkulacji z własnego węzła betoniarskiego. Tym samym ewentualne wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie powinny zostać wyjaśnione w drodze kolejnego wezwania. Wprawdzie ciężar udowodnienia, że zaferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na Odwołującym, jednak Odwołujący w treści wyjaśnień odniósł się do każdego z aspektów, który wymienił Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnienia ceny oferty. Odrzucając ofertę, Zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaferowaną cenę. W niniejszym postępowaniu takiej pewności nie ma. Jeśli istniały dalsze wątpliwości, chociażby w zakresie przedstawienia konkretnej kalkulacji, Zamawiający miał możliwość wystąpić o taką kalkulację.

Odwołujący załączył do odwołania następujące dowody:

- normy zakładowe KPRD Sp. z o.o. w Lublinie (szt. 10)
 - wycena produkcji podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem Rm = 2,5 MPa
 - wycena produkcji podbudowy bitumicznej AC 22P PMB 25/55-60 KR3-6
 - wycena produkcji warstwy ścieralnej AC 8 S PMB 45/80-55
 - Oferta na dostawę kruszyw CEMEX Sp. z o.o.
 - Oferta na zakup mączki wapiennej (kruszywo wypełniające do mas bitumicznych)
- TELEFAX
- Oferta sprzedaży cementu z transportem PRD Lubartów S.A.
 - Oferta sprzedaży kruszyw na 2016 rok Kopalni Dolomitu S.A.
 - Oferta sprzedaży asfaltu i transportu asfaltu ORLEN PŁOCK wraz załącznikami (3 szt.)
 - Oferta sprzedaży betonu firmy BETONMIX sp. z o.o.
 - SEKOCENBUD II kwartał 2016 Informacje o cenach materiałów budowlanych” - strona 48-

- umowa na zamówienie publiczne zawarta z Gminą Bychawa - „Budowa ciągu dróg gminnych - ul. Dąbrowskiej, ul. Słowackiego, ul. Fredry, ul. Makuszyńskiego wraz z przebudową ul. Żeromskiego w Bychawie (drogi nr 107204L, 107205L, 112528L, 112529L, 112530L) wraz z kosztorysem
- umowa na zamówienie publiczne zawarta z Gminą Milejów - „Przebudowa ulic-11 Listopada i Polnej w msc. Milejów-Osada gm. Milejów” wraz z kosztorysem
- umowa na zamówienie publiczne zawarta z Gminą Strzyżewice - „Przebudowa drogi gminnej nr 107128L w Piotrowicach na odcinku 196 m - Część 2 Nawierzchnia” wraz z kosztorysem

Odwołujący złożył dodatkowo na rozprawie: kalkulację transportu masy Poz. 9 i 10 kosztorysu oraz pracy rozkładarek KPRD - TITAN

Zamawiający, pismem z dnia 11 lipca 2016 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego, cena oferty Odwołującego nie została skalkulowana rzetelnie, z należytą starannością i zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie przekonały Zamawiającego. Odnośnie utrzymania stawki Rg na poziomie płacy minimalnej Zamawiający podtrzymał, że wskutek nadmiernego zaniżenia nakładów jednostkowych pracy ludzi i sprzętu, poprzez zastosowanie współczynników zmniejszających na poziomie 0,5, 0,55, 0,6 znacząco ograniczono ilość środków finansowych przeznaczonych na wynagrodzenie pracowników.

Zamawiający wyjaśnił, że kompleksowo rozpatrzył kosztorys ofertowy branży drogowej, w którym występują współczynniki zwiększające. Stwierdził, że współczynniki zwiększające zastosowano w pozycjach znikomo wpływających na cenę oferty, stanowiących 8% kosztorysu (kwota 17 tys. zł), natomiast współczynników zmniejszających użyto w pozycjach decydujących o wartości robót, stanowiących 83 % kosztorysu (kwota 172 tys. zł). Zamawiający wskazał, że dopuścił kalkulacje indywidualne wykonawców, jednakże przy badaniu ceny oferty należy przyjąć jednolity układ przedmiaru, umożliwiający porównanie kosztorysów i ocenę ich rzetelności. Ponadto, kosztorys szczegółowy oparty jest na ogólnie znanych, i choć nie wiążących, to obowiązujących powszechnie nośnikach ceny Rg, Kp, Kz i Z. Poprzez analizę tych składników można badać rzetelność wyceny. Przedstawione przez Odwołującego normy zakładowe są zdecydowanie zaniżone w stosunku do rynkowych, zarówno w zakresie nakładów robocizny, jak i sprzętu. Odwołujący nie wyjaśnił w sposób przekonujący i nie budzący wątpliwości, co miało wpływ na skalkulowanie ich na takim poziomie. Wieloletnie doświadczenie, maksymalna wydajność sprzętu i minimalne zużycie paliwa i czas pracy to ogólniki nie dające podstaw do uznania ich za wyjątkowe i wyróżniające danego wykonawcę.

Przy wykonywaniu podbudowy oraz nawierzchni drogi zmniejszono dwu i trzykrotnie nakłady jednostkowe pracy nie tylko środków transportu, co wskazywał Odwołujący w odwołaniu, ale także pracy podstawowego sprzętu (walca wibracyjnego, rozkładarki mas bitumicznych, walca statycznego, wibratora powierzchniowego). W zasadniczej pozycji dla robót ziemnych zastosowano do nakładów jednostkowych sprzętu współczynnik 0,33, tj. trzykrotnie zmniejszający czas pracy koparki i samochodu. Inni wykonawcy posiadają także nowoczesny sprzęt, środki transportu, wytwórnie betonu i mas bitumicznych, hurtownie materiałów budowlanych, dlatego ta argumentacja nie jest przekonującą w zakresie możliwości obniżenia ceny oferty poniżej poziomu rynkowego. Zdaniem Zamawiającego, podane ceny materiałów odbiegają również od cen rynkowych, tym bardziej że uwzględniają koszty transportu, załadunku, rozładunku, ubezpieczenia itp. Ceny desek czy krawędziaków (10 zł/m³ przy cenie rynkowej 400+600zł/m³) nie są przekonujące, gdyż o tym, czy materiał jest użyty jednorazowo, czy odzyskiwany decyduje norma, a nie cena. Nieporozumieniem jest twierdzenie, że ich zakup został zaksięgowany na inne inwestycje. Podobnie w odniesieniu do robót sanitarnych – w części pozycji zastosowano współczynniki zmniejszające nakłady jednostkowe pracy ludzi i sprzętu oraz zaniżono ceny jednostkowe maszynogodzin oraz ceny materiałów (nawet tych, które występują w ofertach dostawców).

Zamawiający podkreślił, że roboty elektryczne zostały wycenione przez podwykonawcę na poziomie 90% wartości zamówienia, z zastosowaniem realnych cen robocizny, materiałów i sprzętu, natomiast pozostałe roboty zadeklarowane przez Odwołującego osobiście zostały wycenione na poziomie 50% wartości zamówienia (roboty sanitarne i drogowe). Przedstawione przez Odwołującego umowy i kosztorysy dotyczące innych zamówień nie stanowią dowodu na fakt rzetelnego skalkulowania ceny w tym przetargu. Ceny te mogą być również rażąco niskie, a ponadto należyte wykonanie zamówienia może powodować stratę. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, przedstawione roboty nie są porównywalne z przedmiotem tego zamówienia. Dowodzą one przy tym, że zakładowe normy u Odwołującego są tworzone na potrzeby konkretnego przetargu.

Zamawiający podniósł, że nie ma on obowiązku wskazywać w wezwaniu do wyjaśnień konkretnych dokumentów lub innych dowodów, które należy złożyć, bo to po stronie wykonawcy leży obowiązek przeprowadzenia dowodu. Zdaniem Zamawiającego, nie ma on też obowiązku kolejnego wzywiania wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień, gdyż prowadziłoby to do nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 9 ofert, z których 4 oferty z najniższą ceną Zamawiający badał pod kątem rażąco niskiej ceny i wzywał wykonawców (w tym Odwołującego) w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wszystkie te oferty zostały następnie odrzucone na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Cena oferty Odwołującego jest najniższa spośród złożonych ofert i stanowi 57,9% wartości zamówienia oraz 78,3% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co było podstawą do wezwania Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień.

W dniu 15 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. kosztorysu szczegółowego z uwagami i wyjaśnieniami.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący pismem z dnia 16 czerwca 2016 r. złożył wyjaśnienia zawierające: kosztorys ofertowy, kopię cennika firmy Orlen na asfalty drogowe, kopię oferty na kruszywa Kopalni Dolomitu S.A., cennik Zakładu Wyrobów Betoniarskich s.c. J. i M. P., cennik na wyroby betonowe PPHU WOL-MAT H. W., E. W. i Zakład Wyrobów Betonowych W. T., kopię oferty na elementy kanalizacyjne firmy Neptun sp. z o.o. oraz PPHU „PB-PIPE” P. B. . Odwołujący nie opatrzył ww. dokumentów żadnym komentarzem, w ramach wyjaśnień podał kilka ogólnych jednozdaniowych informacji. Co do norm pracy ludzi i sprzętu, Odwołujący w pkt 8 wyjaśnień wskazał, że „zostały indywidualnie dostosowane do jednostek sprzętowych jakie są w posiadaniu naszej firmy, w oparciu o zakładowe kalkulacje pracy ludzi i sprzętu”. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że „Ze względu na dysponowanie własnym sprzętem

i środkami transportu w kalkulacji pracy sprzętu oraz transporcie ujęto wyłącznie cenę paliwa i operatorów/kierowców bez amortyzacji sprzętu” oraz że „Lokalizacja bazy sprzętowej, otaczarki do produkcji mieszanek mineralno - bitumicznych, węzła betoniarskiego jest w odległości około 1,5 do 2 km od placu budowy, co znacznie minimalizuje koszty transportu i zaplecza budowy Ponadto nasza firma jest zlokalizowana najbliżej placu budowy ze wszystkich oferentów”.

W wyniku analizy kosztorysu ofertowego Odwołującego Zamawiający stwierdził, że zastosowanie stawki Rg na poziomie płacy minimalnej jest pozorne z uwagi na użycie w głównych pozycjach kosztorysu współczynników 0,5, 0,55, 0,6 zmniejszających nakłady robocizny, stanowi znaczne zmniejszenie finalnie środków na wynagrodzenia. Ponadto, Odwołujący zastosował w kosztorysie zaniżone koszty pracy sprzętu, poprzez użycie współczynników radykalnie zmniejszających nakłady jednostkowe sprzętu (0,33 przy koparkach, samochodach samowładowczych, poza tym 0,5, 0,52, 0,6). Zamawiający wskazał również na zaniżenie cen materiałów, poza wybiórczo wybranymi występującymi w ofertach dostawców (m.in. cement – 250 zł/t, cena rynkowa – 320-340 zł/t, mieszanka betonowa 2,5 MPa- 68 zł/m³, cena rynkowa – 130 zł/m³, krawężniki, deski – 10 zł/m³, mieszanka mineralno-asfaltowa – 98 zł/t, cena rynkowa – 220-230 zł/t). Zdaniem Zamawiającego, przy dobrej organizacji pracy i wykwalifikowanych pracownikach można uzyskać oszczędności nakładów na robociznę i pracę sprzętu rzędu 15-20%, ale nie rzędu 50-70% (przy minimalnej stawce r-g i narzutów). Zamawiający stwierdził również, że obecnie większość firm drogowych posiada własne węzły betoniarskie lub wytwórnie kostki brukowej, podobnie jak Odwołujący, więc nie jest to okoliczność wyjątkowa na tle innych wykonawców.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego treści i sposobu sformułowania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Treść wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie musi być szczegółowa. Zamawiający, zwłaszcza przy cenie ryczałtowej oferty, nie ma obowiązku ani nawet możliwości zadania szczegółowych pytań odnośnie sposobu kalkulacji ceny. W tym przypadku Zamawiający słusznie w wezwaniu poprosił wykonawcę o przedstawienie kosztorysu wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uwagami. Tym samym Zamawiający nie ograniczył w żaden sposób wykonawcy co do zakresu wyjaśnień i dowodów, które może i zechce przedłożyć wykonawca. W tym przypadku, to wyłącznie wykonawca decydował o tym, jakie wyjaśnienia złoży i jakie dowody przedłoży na ich potwierdzenie, uwzględniając fakt, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek przekonania

Zamawiającego i przedstawienia wszystkich możliwych dowodów i okoliczności potwierdzających, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp może mieć miejsce jeśli wykonawca wyjaśnień nie złożył lub gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył wyjaśnienia bardzo ogólne wręcz lakoniczne, nie opatrzył przedłożonego kosztorysu ofertowego jakimkolwiek komentarzem lub uwagami, które uzasadniałyby zastosowanie współczynników znacznie obniżających normy pracy ludzi i sprzętu. Odwołujący przedstawił jedynie wybiórczo oferty na materiały, nie przedstawiając uzasadnienia do obniżenia kosztów w części pozycji kosztorysu, które są istotne z punktu widzenia wyceny oferty. Fakt, że Odwołujący wymienił w wyjaśnieniu pewne okoliczności, jak np. prowadzenie działalności w niedalekiej odległości od miejsca wykonania zamówienia, nie dowodzi, o ile pozwala to Odwołującemu na obniżenie ceny oferty w stosunku do pozostałych wykonawców. Żadna z powołanych w wyjaśnieniach okoliczności nie została przeanalizowana i uzasadniona przez Odwołującego, w tym w szczególności Odwołujący nie wykazał zasadności istotnego obniżenia norm pracy ludzi i sprzętu, na które się powoływał.

W związku z powyższym nie można uznać, że Odwołujący przedstawił konkretne i przekonujące okoliczności, które uzasadniają niższą cenę oferty od ofert innych wykonawców działających na tym samym rynku. Przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia nie wskazują na szczególnie sprzyjające Odwołującemu okoliczności umożliwiające zaoferowanie tak niskiej ceny. W tych okolicznościach należy uznać, że Zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wraz z dostarczonymi dowodami, stwierdzając, że przedstawione wyjaśnienia wskazują, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca jest uprawniony dostosować normę podaną przez Zamawiającego w KNNR do normy, jaka jest stosowana w jego przedsiębiorstwie. Zamawiający, zgodnie z wymogami przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tj. Dz.U. z 2013 r. poz.1129) postanowił w SIWZ (pkt 14.4), że tabele KNR, KNNR itp., nie stanowią podstawy do kalkulacji nakładów rzeczowych i obliczenia cen jednostkowych przez wykonawców. Zamawiający dopuścił kalkulacje indywidualne wykonawców. Jednakże nie wyłącza to możliwości badania kosztorysu i nakładów rzeczowych przez Zamawiającego pod kątem ich zaniżenia,

wpływającego znacznie na cenę oferty. Zamawiający mógł posłużyć się porównaniem wskaźników/norm (zakładowych) dla nakładów rzeczowych pracy ludzi i sprzętu Odwołującego do norm KNNR. To wykonawca, powołując się na fakt posiadania i stosowania norm zakładowych dużo niższych od KNNR, jest zobowiązany uzasadnić ich realność i uzasadnienie. Samo twierdzenie, iż zakładowe normy u Odwołującego zostały skalkulowane w oparciu o wieloletnie doświadczenie w robotach drogowych oraz w oparciu o wydajność posiadanego sprzętu jest niewystarczająca dla wykazania, że normy te mają rzeczywiste podstawy i realne uzasadnienie, a w szczególności, że nie są zaniżone w sposób sztuczny, wyłącznie dla obniżenia ceny oferty w celu uzyskania zamówienia. Faktem jest, że ani w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, ani na rozprawie takiego uzasadnienia Odwołujący nie przedstawił.

Zamawiający wykazał w ocenie Izby, że rozpatrzył kompleksowo ofertę Odwołującego, w szczególności kosztorys przedłożony przez Odwołującego w ramach wyjaśnień. Zamawiający odniósł się zarówno do zmniejszonych przez Odwołującego w stosunku do KNNR norm pracy ludzi i sprzętu, jak i do zwiększonych norm pracy ludzi w innych pozycjach kosztorysu. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, zniżenie norm ma miejsce w przeważającej części oferty (ok. 85 % przedmiotu zamówienia) natomiast zawyżenie jedynie w ok. 8% oferty, co ma istotne znaczenie dla wysokości skalkulowanej ceny oferty.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła, że sposób oceny wyjaśnień przez Zamawiającego jest zgodny z wymaganiami art. 90 ust. 3 Pzp. Ocena oparta została w sposób obiektywny na okolicznościach wynikających z informacji przedstawionych przez Odwołującego.

W ocenie Izby, w celu dopełnienia formalności związanych z wyjaśnieniem ceny oferty Odwołującego nie było przeszkód, aby Zamawiający mógł zwrócić się do Odwołującego o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień w zakresie uzasadnienia do obniżenia norm pracy ludzi i sprzętu przyjętych przez Odwołującego do kalkulacji ceny oferty. Kwestia ta jest bowiem niezwykle istotna dla oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, więc powinna być dodatkowo zbadana przez Zamawiającego. W ocenie Izby, zaniechanie wezwania w powyższym zakresie stanowi uchybienie w działaniu Zamawiającego, jednak pozostające bez wpływu na wynik postępowania oraz na wynik oceny złożonych wyjaśnień przez Odwołującego, a tym samym na ostateczną ocenę oferty Odwołującego, jako podlegającej odrzuceniu. Zamawiający, co do zasady, nie ma obowiązku wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w szczególności wówczas, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia są niepełne i ogólnikowe. Ponowne wezwanie stanowiłoby w tym przypadku naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwanie jest możliwe, jeśli dotyczy

okoliczności, które zostały podane w wyjaśnieniach już złożonych, oraz które wymagają dalszego uszczegółowienia bądź wyjaśnienia. Takie wezwanie nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nie stanowi niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

Podkreślić należy, że ceny oferowane przez Odwołującego w innych postępowaniach nie stanowią dowodu na fakt, że cena oferty w tym postępowaniu została skalkulowana w sposób adekwatny do kosztów wykonania zamówienia przez Odwołującego. Nie można porównywać wprost cen ofert składanych na różne przedmioty zamówienia, wykonywane na odmiennych warunkach. Cena oferty jest odzwierciedleniem i wypadkową wszystkich istotnych warunków realizacji danego zamówienia, a jej wyjaśnienie jest sprawą indywidualną każdego wykonawcy i każdego indywidualnego zamówienia.

Wskazując, że ceny materiałów podstawowych zastosowane w ofercie Odwołującego opierają się na ofertach dostawców lub kalkulacji własnej tak, jak mieszanka mineralno-asfaltowa i mieszanka betonowa, 2,5 MPa, które Odwołujący produkuje na terenie bazy przy ul. Grygowej. 23 w Lublinie, Odwołujący nie przedstawił w złożonych wyjaśnieniach kalkulacji cen ww. wyrobów. Dowody złożone zostały dopiero na etapie postępowania odwoławczego, wobec czego należy uznać je za spóźnione. Podobne, stanowisko zostało wyrażone w orzecznictwie sądów okręgowych, z którego wynika, że przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków i zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia terminu udzielonemu do przedstawienia wyjaśnień. Zwraca się także uwagę, (tak wyrok SO w Poznaniu z dnia 21 maja 2008 r. sygn. akt X Ga 127/08), że złożenie przez wykonawcę dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO jest spóźnione i nie może być brane pod uwagę, ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy.

Okoliczności dotyczące posiadania własnego sprzętu i środków transportu nie są zjawiskiem nadzwyczajnym na rynku usług budowlanych i drogowych. Jak wyjaśnił sam Odwołujący, z dziewięciu firm, które złożyły w ramach niniejszego postępowania swoje oferty trzy są w posiadaniu własnej wytwórni betonów asfaltowych, stacjonarnych węzłów betoniarskich oraz rozkładarek mas mineralno-bitumicznych. Ponadto, Odwołujący powinien był wykazać, jakie oszczędności daje zastosowanie konkretnego sprzętu w stosunku do przeciętnych kosztów ponoszonych w tym zakresie przez innych wykonawców działających na rynku, czego Odwołujący nie dokonał ani w odwołaniu, ani na rozprawie.

Cena rażąco niska jest to cena nierealistyczna, niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która

wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalając na wygenerowanie przez niego zysku. Odwołujący, wobec znacznego zniżenia nakładów jednostkowych pracy ludzi i sprzętu znacząco ograniczył koszty realizacji przedmiotu zamówienia a tym samym cenę oferty. Odwołujący nie wyjaśnił, w sposób przekonywujący i nie budzący wątpliwości, co miało wpływ na skalkulowanie ich na tak niskim poziomie. Wieloletnie doświadczenie, maksymalna wydajność sprzętu i minimalne zużycie paliwa i czas pracy to ogólnikowe stwierdzenia, które nie dają podstaw do uznania ich za wyjątkowe i wyróżniające danego wykonawcę na tyle, aby obniżyć koszty tak znacznie w związku ze zmniejszeniem norm na nakłady pracy ludzi i sprzętu.

Reasumując, w okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako zawierającą rażąco niską cenę, w sytuacji, kiedy Odwołujący nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że cena przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska, a tym samym należy uznać, że złożone wyjaśnienia potwierdziły ten fakt.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....