

WYROK

z dnia 2 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2016 r. przez odwołującego: W.O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU ELEKTROTEL V W.O. ul. Gałęzowskiego 3/1; 35-074 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie ul. Targowa 1; 35-064 Rzeszów

przy udziale: przystępującego J.K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą JOMAKO – J.K. Niebylec 193; 38-114 Niebylec po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie co do oferty przystępującego po stronie zamawiającego i nakazuje zamawiającemu odrzucenie tej oferty. Oddala odwołanie co do oferty odwołującego i nakazuje zamawiającemu utrzymanie w mocy odrzucenia tej oferty. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę pozostałej oferty celem wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie ul. Targowa 1; 35-064 Rzeszów i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Włodzimierza Olech prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU ELEKTROTEL V W.O. ul. Gałęzowskiego 3/1; 35-074 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie ul. Targowa 1; 35-064 Rzeszów na rzecz W.O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU ELEKTROTEL V W.O. ul. Gałęzowskiego 3/1; 35-074 Rzeszów kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego .

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Stan faktyczny sprawy

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na bieżące utrzymanie i konserwację ekranów akustycznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta Rzeszowa.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 października 2015 roku pod poz. 2015/S 212-386 123 z numerem referencyjnym nadanym przez zamawiającego: ZP. 2311.128.2015.

Odwołujący zaskarżył: wybór najkorzystniejszej oferty J.K. JOMAKO, 38-144 Niebylec 193 zwanej dalej „wykonawcą wybranym” lub „przystępującym” oraz zaskarżył odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oferty odwołującego ewentualnie zaskarżył zaniechanie wezwania do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zaskarżając powyższe czynności odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. 2015 rok poz. 2164) zwanej dalej „ustawą Pzp.”:

1. art. 90 ust. 1 poprzez uznanie, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji kiedy nie powinna ona budzić wątpliwości zamawiającego co do realności ceny i do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego,
2. naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 poprzez uznanie, że cena ofertowa nasuwa wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny przez pryzmat szacunku cen jednostkowych zamawiającego, w sytuacji kiedy szacunek został sporządzony niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. i OPZ nie zawiera wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty,
3. naruszenie art. 90 ust. 1 poprzez uznanie, że przesłankę rażąco niskiej ceny oferty mogą stanowić w danym przypadku poszczególne ceny jednostkowe oferty odwołującego,
4. naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 2 poprzez nie uwzględnienie wszystkich wyjaśnień i dowodów odwołującego,
5. naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a to wobec wybrania oferty J.K. JOMAKO jako najkorzystniejszej w sytuacji kiedy po wezwaniu tego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1

złożył on podobne wyjaśnienie jak odwołujący, które zdaniem zamawiającego są wystarczające do uznania, że cena nie jest rażąco niska,

6. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego pomimo braku podstaw do kwalifikacji ceny ofertowej odwołującego jako rażąco niskiej,
7. naruszenie art. 91 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej kiedy zawiera ona przymioty oferty najkorzystniejszej wobec ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert,

ewentualnie

8. naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji kiedy uznał, że „wyjaśnienia dotyczące pozycji 6, 7,9,10,11, 12,13,14,17,18,19,20,21,26,30 i 31 Formularza cenowego są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do przyjęcia, że wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny" i „nie rozwiewają wątpliwości" zamawiającego.

Odwołujący wnosi o:

unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz zobowiązanie zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej - z uwzględnieniem oferty odwołującego

ewentualnie

o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz zobowiązanie zamawiającego do czynności badania i oceny ofert, powtórzenia wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej oraz wyboru oferty najkorzystniejszej - z uwzględnieniem oferty odwołującego,

oraz

zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego wg obowiązujących przepisów.

W zakresie prawa odwołującego do wniesienia odwołania w związku z treścią art.179 ust.1 ustawy Pzp odwołujący podniósł jak poniżej.

Odwołujący złożył ofertę w niniejszym przetargu. Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę i udziela korzystnego okresu co do rękojmi za wady. Gdyby zamawiający nie odrzucił przedmiotowej oferty - zostałaaby ona uznana za najkorzystniejszą i zamawiający zawarłby z odwołującym umowę o wykonanie zamówienia publicznego. Odwołujący przedstawił argumentację, która Izba rozpatrzyła rozpoznając odwołanie.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Izba na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentów przywołanych z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz na podstawie dokumentów przedłożonych w poczet dowodów na rozprawie przez strony i uczestnika ustaliła i zważyła jak poniżej.

Zamawiający Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie ul. Targowa 1; 35-064 Rzeszów zwany dalej „zamawiającym” przetarg rozstrzygnął w dniu 08.01.2016 roku zawiadamiając o tym wykonawców. Wybrana została oferta Pani J.K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą JOMAKO –J.K.; 38-114 Niebylec 193, której oferta uzyskała 100,00 punktów, zwana dalej „wykonawcą wybranym” lub „przystępującym”. W postępowaniu uczestniczyli także inni wykonawcy wymienieni poniżej. M.G. BRUK – MAR F.H.U. ul. Sandomierska 6; 37-500 Jarosław, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji z ilością 62,57 punktów. W.O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU Elektrotel V ul. Gałęzowskiego 3/1; 35-074 Rzeszów zwany dalej „odwołującym”, którego oferta została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny. Czwarty wykonawca uczestniczący w postępowaniu to VIA Polonia S.A 61-366 Poznań ul. Bystra 7; który to wykonawca został wykluczony a jego oferta odrzucona. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego wskazał na obowiązek złożenia wraz z ofertą Formularza cenowego, w którym w poszczególnych pozycjach określono rodzaje czynności w ramach usługi przedmiotowego zamówienia to jest „Bieżące utrzymanie i konserwacja ekranów akustycznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta Rzeszowa”. Zamawiający w toku badania i oceny oferty zapoznając się z wyceną poszczególnych pozycji formularza cenowego powziął wątpliwość

co do prawidłowości wyceny 22 pozycji na łączną ilość 31 pozycji . Wzywając w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp do wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przedstawił do każdej pozycji zestawienie ceny oferowanej z ceną szacowaną przez zamawiającego wykazując między nimi różnice. Zamawiający jednocześnie przyznał, że wykonawcy nie byli zobowiązani do podania ceny ofertowej za cały przedmiot zamówienia i obowiązek podania ceny ofertowej sprowadzał się do podania cen w poszczególnych pozycjach Formularza ofertowego. Zamawiający nadmienił, że na wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienie załączając do niego dokumenty takie jak: uprawnienia budowlane Pana W.O.; ofertę Reklamex z dnia 2 grudnia 2015 roku; pismo WWW Z. i W. S. sp.j. z dnia 18 grudnia 2015 roku; oświadczenie Pana W.B. z dnia 01.12.2015 roku z fakturą VAT nr 353/EZ/06/2015; zaświadczenie Pana W.B. z dnia 17.12.2015 roku; pismo Multifarb sp. z o.o. z dnia 18.12.2015 roku oraz zobowiązanie Pana T.O. (bez daty). Na podstawie tych wyjaśnień zamawiający uznał, że nadal 16 pozycji budzi jego zastrzeżenia, ponieważ wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe i lakoniczne aby wyjaśniały podejrzenie rażąco niskiej ceny.

Wezwanie odwołującego z dnia 16.12.2015 roku do złożenia wyjaśnień i dowodów na podstawie art.90 ust.1 ustawy Pzp. Według treści art.90 ust.1 ustawy Pzp. Zamawiający po dosłownym zacytowaniu treści przepisu podsumowując wezwanie wskazał "zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów , dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny."Zacytowano również treść art.90 ust.3 ustawy pzp. Podniesiono kwestię wskazania cen jednostkowych a nie ceny całkowitej. Reasumując "wzywa się Wykonawcę, aby w terminie do dnia 21 grudnia 2015 roku wykazał argumenty oraz złożył dowody uzasadniające realne rzetelne skalkulowanie cen jednostkowych zaoferowanych w niżej wymienionych pozycjach Formularza cenowego".

W dniu 21 grudnia 2015 roku odwołujący złożył wyjaśnienie oraz dowody na elementy wyceny mające wpływ na jej wysokość. Podnosi kwestię, że oszacowanie sprowadza się do oferty z ubiegłych lat wykonawcy wybranego, który realizował zamówienie. Ponadto co do zasady twierdzi, że szacunki zamawiającego są nieprawidłowe i w związku z tym nie miał prawa wzywać jego do wyjaśnień pod zarzutem rażąco niskiej ceny.

Notatka służbowa - szacunkowe wyliczenie wartości forma tabelaryczna zawierająca 31 pozycji w tym 5 pozycji tylko z roku 2014r. Dokument, który stanowił podstawę do szacunku zamówienia opiera się na latach od 2012 do 2014 roku. Szacunek ten powinien być udostępniony w formie protokołu. Niemniej jego nieudostępnienie nie było przedmiotem zaskarżenia przez odwołującego ani przystępującego w sprawie. W aktach sprawy przekazanych przez zamawiającego znajduje się ten dokument na stronie pierwszej.

Zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu w roku podatkowym 2014 dokument nieprzydatny, ponieważ badanie oferty cenowej ma na celu ustalenie czy cena nie jest rażąco niska a nie czy wykonawca ma środki na pokrycie strat dzięki dochodom za ubiegłe lata. Wręcz należy stwierdzić, że jest to dowód świadczący o rażąco niskiej cenie skoro wykonawca przewiduje możliwość finansowania wykonywanego zamówienia z zysku za poprzednie lata.

Z kolei wyjaśnienia porównawcze do świadczeń dla GDDKiA są ogólnikowe i nie muszą być adekwatne do niniejszego zamówienia.

Co do usług barterowych to też trzeba je wycenić. Barter obowiązuje między odwołującym i Panem W.B.. W wyjaśnieniach mówi się o umowach przyszłych i niepewnych. Brak kalkulacji na poz. 2; 15;16;28 naprawy ekranów jako dowód oferta Reklamex D.G. – są to konkretne ceny ale brak kalkulacji pozycji na podstawie tychże cen. Poz. 6 zobowiązanie T.O. bez kalkulacji usługi w pozycji 6 wymiana elementów Jest to forma podwykonawstwa, powinna być sporządzona na datę nie później niż termin składania ofert lub z dokumentu powinno wynikać, że uzgodnienie było dokonane przed datą złożenia oferty. Do poz. 10; 11; 14; 17; 18; usuwanie graffiti brak kalkulacji oświadczenie o rabatach bez wskazania cen czy innych okoliczności. Do poz. 12 ;13 usuwanie graffiti multifarb wysokie rabaty bez ich wysokości. brak wskazania jak wpływają na wysokość ceny. Do poz. 19 ;20;21 malowanie ekranów podaje technologie brak kalkulacji poz. 19; 20;21metodologia bez podania cen i wyliczeń. Poz.23 mycie wysokociśnieniowe ekranów akustycznych - brak wpływu na cenę zaoferowaną.

Reasumując dostarczone dowody nie wskazują aby na dzień składania ofert odwołujący miał ustalenia co do uzyskania rabatów na materiały oraz wykonawstwo Pana W.B.. Noszą datę po terminie składania ofert a z ich treści nie wynika, że uzgodnienia co do rabatów oraz wykonawstwa Pana W. B. było uzgodnione przed złożeniem oferty.

Co prawda odwołujący w pewnym zakresie wskazał zamawiającemu co spowodowało obniżenie ceny ale nie wskazał w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art.7 ust.1 ustawy Pzp. w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp w związku z uznaniem zamawiającego, że

wyjaśnienia wykonawcy wybranego, co do podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie, są zadawalające.

Natomiast odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art.90 ust.3 ustawy Pzp. w związku z art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. w związku z odrzuceniem oferty odwołującego z powodu uznania przez zamawiającego rażąco niskiej ceny jego oferty.

Co do zarzutu skierowanego do oferty wykonawcy wybranego /przystępującego po stronie zamawiającego.

W tym zakresie jak Izba już nadmieniła odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ wykonawca wybrany udzielając wyjaśnienia pod zarzutem rażąco niskiej ceny nie udowodnił postawionego zarzutu jego ofercie. Izba w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie jak i oceny dowodów uznała jego wyjaśnienia z dnia 21.12.2015 roku za niewystarczające do wykazania, że ceny nie noszą znamiona rażąco niskich. Wykonawca wybrany poza nieudowodnionymi twierdzeniami nie przedstawił argumentów wykazujących, że jego ceny, skalkulowane zresztą poniżej od 50% do 90% wyceny zamawiającego, pokrywają koszty świadczenia usługi wraz z zyskiem. W tym miejscu należy nadmienić, że zgodnie z obowiązującym SIWZ „cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i powinna uwzględniać wszystkie podatki, ubezpieczenia i opłaty itp. włącznie z podatkiem od towarów i usług (VAT) (Cz.13 Opis sposobu obliczenia ceny. ppkt 13.2.). Tak więc kalkulacja ceny powinna obejmować nie tylko koszty bezpośrednie, pośrednie, obciążenia publicznoprawne ale także zysk. Istotnym postanowieniem SIWZ jest także regulacja co do formy przedstawienia ceny świadczenia usługi, przewidziana w formie odrębnego dokumentu Formularza cenowego, znajdująca się w Części 13 ppkt 13.4 SIWZ. Zgodnie z nią „Podstawą obliczenia ceny oferty jest formularz cenowy, który należy dołączyć do oferty. Należy podać ceny jednostkowe netto i ceny jednostkowe brutto dla wszystkich pozycji formularza cenowego. Formularz cenowy łącznie zawiera 31 pozycji czynności wchodzących w skład usług utrzymania i konserwacji ekranów akustycznych na terenie miasta Rzeszowa. Zamawiający oczekiwał wyceny wszystkich pozycji, co zresztą wykonawcy przestawili w swoich ofertach. Zamawiający nie wymagał podania w Formularzu ofertowym jednolitej ceny usługi za wszystkie czynności, które mogą być zlecane w ramach zamówienia utrzymania konserwacji ekranów akustycznych. Należy również nadmienić, że zamawiający dokonał wyceny poszczególnych pozycji usługi przed wszczęciem postępowania i na tę okoliczność w

dokumentacji znajduje się wycena karta 1 dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Natomiast w protokole postępowania prowadzonym przez zamawiającego znajduje się jednolita kwota za całe zamówienie.

W ocenie Izby wobec nie żądania podania w formularzu ofertowym ceny jednolitej dla całej usługi a żądania podania cen jednostkowych czynności wchodzących w skład usługi dokument kalkulacji cen poszczególnych czynności sporządzony przez zamawiającego był dokumentem, który powinien być udostępniany na żądanie każdego potencjalnego oferenta. Wobec takiej regulacji SIWZ w zakresie ceny oferty (formularz cen jednostkowych) badanie w kierunku rażąco niskiej ceny mogło odbywać się tylko w stosunku do cen jednostkowych podanych w formularzu cenowym. Natomiast ani odwołujący, ani przystępujący na rozprawie nie podnieśli okoliczności żądania dostępu do wyceny jednostkowej czynności sporządzonej przez zamawiającego ani też związanej z nią ewentualnej odmowy.

Izba nie podziela kierowanych pod adresem zamawiającego w odwołaniu zarzutu braku podstaw do badania cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny w związku z treścią art.90 ust.1 ustawy Pzp. Skoro zamawiający w SIWZ a konkretnie w Formularzu ofertowym nie żądał ceny całkowitej (jednolitej) usługi utrzymania i konserwacji ekranów akustycznych to nierzeczywistym wydaje się oczekiwanie żądania ceny całkowitej, która w ofercie wykonawców nie jest podawana czyli nie istnieje. Argumentację o braku podstaw badania cen jednostkowych przez zamawiającego przywoływano już na etapie wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny chociażby czynił to wykonawca wybrany. Niemniej żaden z wykonawców żądania wyjaśnienia cen jednostkowych czynności wchodzących w skład usługi pod kątem rażąco niskiej ceny nie zaskarżył na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień. Stąd argumentacja w tym zakresie przedstawiana w odwołaniu jest spóźniona. Niemniej Izba powyżej przedstawiła swoje stanowisko w tym zakresie. W ocenie Izby żaden przepis prawa nie zabrania zamawiającemu takiej konstrukcji podania ceny ofertowej a w konsekwencji żądanie zamawiającego wyjaśnień poszczególnych cen jednostkowych czynności wchodzących w zakres usługi nie narusza art.90 ust.1 ustawy Pzp. Tym samym skoro zamawiający ma prawo badania cen jednostkowych czynności wchodzących w zakres usługi to ma obowiązek podania ich wartości szacunkowej na etapie sporządzania oferty.

Reasumując zarzut odwołania sformułowany jako naruszenie art. 90 ust. 1 poprzez uznanie, że przesłankę rażąco niskiej ceny oferty mogą stanowić w danym przypadku poszczególne ceny jednostkowe oferty odwołującego nie został udowodniony. W ocenie Izby zamawiający miał prawo badać i mógł jedynie badać ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny przez badanie cen jednostkowych czynności wchodzących w zakres usługi (31 czynności).

Jak już wyżej Izba stwierdziła odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy wybranego w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił naruszenie art.7 ust.1 ustawy Pzp. co do zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji udzielonych wyjaśnień na podejrzenie rażąco niskiej ceny.

Izba dokonując ustaleń w zakresie zarzutu naruszenia art.7 ust.1 ustawy Pzp. w związku z art.90 ust.1 i 3 ustawy Pzp. co do oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę wybranego na wezwanie zamawiającego stwierdza nieprawidłową ocenę tych wyjaśnień przez zamawiającego. Zamawiający otrzymane wyjaśnienia w dniu 21.12.2015 roku uznał za wystarczające do oceny, że oferta wykonawcy wybranego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający tak jak odwołującego wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień poszczególnych pozycji Formularza cenowego co uczynił pismem z dnia 16 grudnia 2015 roku. Powodem wezwania było stwierdzenie przez zamawiającego w ofercie wykonawcy wybranego tak jak zresztą w ofercie odwołującego niższych cen o co najmniej 30 % od oszacowania zamawiającego . W wezwaniu zamawiający posłużył się tak jak w stosunku do odwołującego pouczeniami wynikającymi z treści art.90 ust.1 ustawy Pzp. Nadto użył we wszystkich wezwaniach formuły "wzywa się Wykonawcę, aby w terminie do dnia 21 grudnia 2015 roku wykazał argumenty oraz złożył dowody uzasadniające realne rzetelne skalkulowanie cen jednostkowych zaoferowanych w niżej wymienionych pozycjach Formularza cenowego". Tak jak do innych wykonawców zamieścił w wezwaniu Tabelę w której wymienił budzące wątpliwość pozycje Formularza cenowego czynności składających się na usługę utrzymania i konserwacji ekranów akustycznych na terenie Miasta Rzeszowa. W kolumnach Tabeli od 3 do 5 podał cenę brutto oferowaną przez wykonawcę; cenę szacowaną przez zamawiającego wartość brutto oraz różnice procentowe pomiędzy obydwoma wycenami. Różnice w ofercie wykonawcy wybranego kształtują się na poziomie od 50 prawie do 100% poniżej wyceny zamawiającego. Izba dokonując oceny udzielonych wyjaśnień przez wykonawcę wybranego stwierdza, że wykonawca ten upatruje prawo do tak niskich cen w stosunku do wyceny zamawiającego z uwagi na zapasy magazynowe obejmujące materiały budowlane służące stricte do realizacji tego typu robót wymieniając je a co znacznie wpłynęło na kalkulację ceny z poszczególnych pozycji formularza. Dalej powołuje się na korzystne rabaty sięgające nawet do 50 procent. Przy czym zarówno w wyjaśnieniach jak i w ofertach sprzedawców nie podaje się do jakich kwot te rabaty odnoszą się i w efekcie nieznane są kwoty cen na poszczególne materiały. Wykonawca wybrany powołuje się na ceny rynkowe jako podstawę udzielonych rabatów. Pojęcie ceny rynkowe jest pojęciem niedookreślonym, jeżeli chodzi o konkretną cenę towaru i do tak określonej przez przystępującego podstawy rabatów na materiały nawet do 50 % nie daje możliwości

ustalenia końcowej ceny, którą przyjął wykonawca wybrany do kalkulacji poszczególnej czynności usługi. Reasumując twierdzenie, że są to ceny rynkowe nie daje żadnej wiedzy co do ich wysokości ceny w danym przypadku to jest przy konkretnym towarze. Dalej wykonawca wybrany w wyjaśnieniach wskazuje na posiadanie zapasów magazynowych na środki czyszczące Karcher oraz szczotki czyszczące i ściągaczkę. Tę okoliczność jak w przypadku materiałów budowlanych kwituje "(...) w związku, z czym Wykonawca nie poniesie dodatkowych kosztów ich zakupu co znacząco wpłynęło na wysokość zaoferowanych cen(...)" . Dalej w wyjaśnieniach wykonawca wskazuje na kolejne materiały zmagazynowane i niewykorzystane w bieżącej działalności obsługi zamawiającego w roku 2015 takich jak ekran z przezroczystej płyty akustycznej poli, siatki PEHD, ekrany typu zielona ściana. Kolejno wskazuje na korzystną dla siebie umowę najmu sprzętu myjka ciśnieniowa FALCH AQUA oraz KARCHER. Ponadto wskazuje na zakup samochodu, koparko ładowarki co ma wpłynąć na sprzyjające warunki realizacji przedmiotu zamówienia. Wymienia się również zaplecze magazynowe na terenie powiatu rzeszowskiego, nie ponoszenie kosztów dojazdów, noclegów, i delegacji pracowników. Wymienia się również pracowników, którzy są na stałe zatrudnieni przez co wykonują także inne zadania ograniczając w ten sposób koszty. Dalej wykonawca wybrany w wyjaśnieniach stwierdza, że"(...)Ogólna cena oferty złożonej przez Wykonawcę nie odbiega od cen rynkowych tego samego rodzaju zamówienia, a przy ocenie ofert Zamawiający winien brać pod uwagę ogólną cenę oferty, a nie opierać się na poszczególnych cenach jednostkowych (...)" . I dalej takie ogólne twierdzenia jak (...)"Zaoferowana przez Wykonawcę cena, nie jest ceną niewiarygodną czy nierealistyczną a tylko w takim przypadku uznać należy, że cena jest rażąco niska". Dalej wykonawca wybrany w wyjaśnieniach podnosi, że zamawiający nie ma prawa oceniać poszczególnych cen za czynności opisane w Formularzu oferty zajmującym 31 pozycji a powinien ocenić cenę całkowitą odnosząc ją do całości przedmiotu zamówienia, podając na tę okoliczność liczne orzecznictwo. Nadmienia również o marży, która generuje zysk. Reasumując wykonawca wybrany stwierdza (...)"Przedstawione dowody, jednoznacznie potwierdzają możliwość realizacji zamówienia zgodnie z jego treścią a tym samym, potwierdzają fakt, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Tymi dowodami są dokumenty załączone do wyjaśnień a mianowicie: stany magazynowe towarów; porozumienie handlowe; umowa najmu sprzętu; umowa przyznania pomocy i aneks do umowy.

Izba dokonując oceny złożonych wyjaśnień jak i dokumentów załączonych do tychże wyjaśnień nie znajduje w nich argumentów wskazujących na skalkulowanie na odpowiednim poziomie ceny poszczególnych czynności. Są to ogólne stwierdzenia nie poparte żadnymi wyliczeniami matematycznymi to jest kalkulacjami, które uzasadniają podane w Formularzu

ceny. Z przedstawionych wyjaśnień nie można wywieść jakiegokolwiek kalkulacji cen a zamawiający w SIWZ wskazywał na konieczności kalkulacji obejmującej koszty bezpośrednio, pośrednio, daniny publicznoprawne a także wymagał skalkulowania zysku. W ocenie Izby twierdzenia zamawiającego, że posiada zapasy magazynowe, które zwalniają go od zakupu materiałów czy sprzętu, czy też środków a w konsekwencji do nie ponoszenia kosztów świadczą o nieprawidłowej kalkulacji. Wykonawca przyjmując taką konstrukcję kosztów oferuje zamawiającemu świadczenia nieodpłatnie co stanowi podstawę do postawienia zarzutu nieuczciwej konkurencji. Natomiast jest również dowód na zamiar świadczenia usługi poniżej kosztów. Przecież wykonawca materiały te kupił poniósł pewne koszty i ich nie sprzedał więc kalkulując cenę dla zamawiającego powinien uwzględnić koszt tych materiałów skoro zamierza je wykorzystać przy wykonaniu zamówienia. Nie ma w tym wypadku żadnego znaczenia, że kupił je wcześniej na inne zadanie czy w ogóle bez potrzeby konkretnego wykorzystania. W każdym przypadku stan magazynowy to jest koszt nie tylko zakupu ale jeszcze transportu, magazynowania itd. Pozostaje także kwestia rachunkowości wykonawcy, który skoro nie sprzedał zakupionego towaru w usłudze to nadal stanowi jego koszt, który powinien uwzględnić przy kalkulacji kosztów usługi. Z kolei załączone do wyjaśnień dokumenty w postaci umów czy to na wynajem czy to na zakup środków transportu same w sobie nie świadczą o nie wystąpienia rażąco niskiej ceny a mogą co najwyżej stanowić dowód na kalkulacje kosztów, której wyjaśnienia w żadnym stopniu nie zawierają. Owszem okoliczność bazy przedsiębiorstwa w miejscu świadczenia usługi ma wpływ na koszty transportu czy też noclegu, czy też delegacji pracowniczych ale powinno wynikać to z kalkulacji usługi, gdzie te koszty nie zostają uwzględnione. Zamawiający nie otrzymał od wykonawcy wybranego żadnego materiału, który mógłby stanowić dowód jak wyliczono cenę usługi jakie wzięto do tego czynniki produkcji w postaci kosztów bezpośrednich, pośrednich to jest np wyceny materiałów, pracy sprzętu, pracy ludzi, narzutów, zysku. Reasumując wykonawca wybrany nie przedstawił oczekiwanych przez zamawiającego argumentów świadczących o skalkulowaniu cen na poziomie powyżej rażąco niskiej ceny o co wnosił w wezwaniu. Przepisy art.90 ust.1 ustawy Pzp. nie mówią wprost w jakiej formie wykonawca ma złożyć wyjaśnienia ale nie oznacza to, że wystarczą zapewnienia i oświadczenia jak to uczynił wykonawca wybrany a przystępujący w sprawie. Izba nie znalazła także podstaw do konieczności wezwania zarówno przystępującego jak i odwołującego do ponownych wyjaśnień, ponieważ w ocenie Izby wezwanie było jednoznaczne i oparte o treść art.90 ust.1 ustawy Pzp. Reasumując należy stwierdzić, że składając wyjaśnienia zamawiającemu nie tylko należy podać szczególne okoliczności wykonawcy, które mają wpływ na kształtowanie jego cen ale należy wykazać ten wpływ na wysokość zaproponowanej ceny to jest jego konkretny wymiar. Celem postępowania

wyjaśniającego jest przekonanie zamawiającego o wiarygodności cen i możliwości wykonania zamówienia w sposób opisany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

co do oferty odwołującego:

Izba uznaje za prawidłową ocenę dokumentów przez zamawiającego w związku z datą ich sporządzenia po terminie składania ofert. Słusznym jest twierdzenie zamawiającego, że wykonawca powinien posiadać czy to oferty na materiały, czy to na sprzedaż wody, czy też na wykonanie usług w dacie kalkulowania ceny czyli przed datą złożenia oferty a nie po jej dacie. Oferta została złożona w dniu 8 grudnia 2015 roku. Większość dokumentów wystawiono po tej dacie i nie wynika z ich treści, że oferty te były aktualne co najmniej w dacie złożenia oferty. Dowody mają wskazywać na prawidłowość ustalenia ceny w dacie sporządzania oferty a nie na dzień wezwania do złożenia wyjaśnień co następuje po terminie składania ofert. Wykonawca ma udowodnić, że ustalając cenę miał podstawy do jej ustalenia na dzień jej skalkulowania. W związku z tym powinien mieć oferty w dniu kalkulowania ceny a przynajmniej jeżeli dokumenty wystawiane są później to powinno z nich wynikać, że ceny były ustalone na dzień kalkulowania ceny to jest przed datą składania oferty. W innym wypadku wykonawca nie miał podstaw do kalkulacji skoro nie miał aktualnych ofert zwłaszcza na „duże rabaty cenowe”. Poza tym określenie „duże rabaty cenowe” nie stanowi dowodu świadczenia usługi na zaproponowanym poziomie skoro nieznane są konkretne stawki cenowe. Skuteczność takiego dowodu na ceny jest podobna jak w przypadku wyjaśnień wykonawcy wybranego, który posłużył się formułą „rabaty do 50% ceny rynkowej” przy nie podaniu konkretnej stawki ceny. Izba w tym zakresie przedstawiła stanowisko powyżej. Tylko oferty sprzedawców określające konkretne stawki cenowe za konkretne materiały mogą stanowić dowód na prawidłowość przyjętych stawek do kalkulacji ceny.

Wyjaśnienia odwołującego są tak samo opisowe jak wyjaśnienia wykonawcy wybranego, nie zawierają żadnych wyliczeń rachunkowych uwiarygodniających zaoferowane stawki cenowe. Nie wystarczające są oświadczenia odwołującego, że cena generuje zysk, że przyjętą rozwiązania techniczne; wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia i koszty pracy. Są to tylko oświadczenia nie stanowiące dowodów. Poza tym nie mają charakteru wymiernego potwierdzającego prawidłowość zastosowanych stawek cenowych w ofercie. Z kolei z załączonego zaświadczenia wynika, że Pan W.B. będzie wykonawcą co z kolei nie wynika z Formularza ofertowego odwołującego.

Izba odnosząc się do wywodów odwołującego, że podstawę do oceny oferty powinna stanowić cena całkowita a nie cena jednostkowa przywołuje wywody Izby użyte przy ocenie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wybranego.

Izba nie przyjmuje za przekonywującą argumentację, że fakt zamortyzowania środków trwałych powoduje tylko po jego stronie koszty przeglądów bez udziału kosztów takich jak naprawa, konserwacja, ubezpieczenia. Podobną argumentację Izba nie uznaje za przekonywującą co do faktu posiadania własnej bazy jako nie powodującej kosztów.

Izba odnosząc się do argumentacji odwołującego wywodzi jak poniżej.

Co do: zminimalizowane koszty kadrowe wobec faktu, że usługa będzie wykonywana osobiście przez właściciela firmy - emeryta oraz osoby, które wykonywały je będą w ramach prowadzonej przez nie działalności oraz T.O. i A.N. - z którymi odwołujący rozlicza się w ramach barteru za dotychczas wykonane przez niego usługi w administrowaniu ich nieruchomościami.

Owszem mogą być to okoliczności szczególne ale odwołujący nie wykazał jaki mają wymierny wpływ na skalkulowanie ceny.

Co do: posiada już zamortyzowany sprzęt do wykonania przedmiotowych usług. Nie ponosi kosztów transportu, używana przy myciu ekranów, jak również w dużej mierze przy usuwaniu i likwidowaniu graffiti, woda pobierana u W.B. jest mniej niż 2x tańsza niż gdziekolwiek indziej, gdyż nie jest zobowiązany do płatności za odprowadzanie ścieków. Należy tu podkreślić, że główna i podstawowa usługa przedmiotowego zamówienia opiera się właśnie o ten czynnik.

Owszem mogą być to okoliczności szczególne ale odwołujący nie wykazał jaki mają wymierny wpływ na skalkulowanie ceny.

Co do: „Należałoby zacząć od pierwotnego błędnego założenia zamawiającego. Zamawiający dokonywał analizy cen jednostkowych przez pryzmat sporządzonego przez siebie szacunku. W tym miejscu należy stwierdzić, że ceny oferowane przez odwołującego nie odbiegają od cen rynkowych i to szacunek jest sporządzony nieprawidłowo. Niebagatelne znaczenie miało nieprawidłowe zastosowanie art. 34 ust. 1(...)Jak wynika z wezwania skierowanego do odwołującego w toku postępowania, zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia poprzez powielenie części cen stosowanych w poprzednim przetargu ZP.2311.22.2014 przez firmę JOMAKO (opisu kolumny 4 pisma z dnia 16.12.2015r., przy wykazywaniu występujących różnic cenowych „Szacowana przez Zamawiającego wartość brutto”). Abstrahując od faktu, że zamawiający jest zobowiązany do oszacowania przedmiotu zamówienia z należytą starannością”.

W ocenie Izby zarzut nieprawidłowego szacunku spóźniony. Szacunek co do zasady sporządza zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawę nie stanowi art. 34 ustawy Pzp., który odnosi się do usług powtarzających się okresowo. Do przedmiotowego postępowania zastosowanie ma art.32 ustawy Pzp.

Co do: „nieprawidłowego zastosowania art. 90 ust. 1 pzp”.

Wykonawcy w tym odwołujący nie zaskarżyli wezwania zamawiającego do wyjaśnień tylko udzieli zamawiającemu wyjaśnień. Zarzut spóźniony.

Co do: „Błędem było zatem, że do wyceny doszło przez czyste przeniesienie niektórych cen ubiegłorocznych jednej tylko firmy, i to bez użycia prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem”

Zarzut jak powyżej spóźniony. Sprawą zamawiającego jest metoda wyceny. Wykonawca w stosownym czasie ma prawo zaskarżyć wycenę.

Co do: „Co znamienne, Odwołujący powoływał się na fakt nieprawidłowego ustalenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, w szczególności taka argumentacja znalazła się w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu - jednak Zamawiający nie zareagował w żaden sposób na tą okoliczność”

Jak powyżej argumentacja odwołującego na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień jest spóźniona.

Co do : „W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający z ostrożności zawarł w opisie przedmiotu zamówienia wykonywanie wszystkich możliwych do przewidzenia czynności - kazał wycenić każde zdarzenie, które przewidział jako możliwe do zaistnienia w ramach utrzymania i konserwacji ekranów i przyjął je wszystkie jako element oceny. Istotne jest jednak, że nie wszystkie elementy w ramach realizacji występują czy występują w mających znaczenie ilościach. Świadomość tą, z całą pewnością, ma Zamawiający itd.”

Zarzut spóźniony opis przedmiotu zamówienia (SIWZ) można zaskarżyć przed terminem składania ofert.

Na koniec odnosząc się do wyspecyfikowanych zarzutów przez odwołującego Izba odnosi się następująco co do ich rozpatrzenia

1. art. 90 ust. 1 poprzez uznanie, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji kiedy nie powinna ona budzić wątpliwości zamawiającego co do realności ceny i do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego – zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
2. naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 poprzez uznanie, że cena ofertowa nasuwa wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny przez pryzmat szacunku cen jednostkowych zamawiającego, w sytuacji kiedy szacunek został sporządzony niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. i OPZ nie zawiera wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty– zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
3. naruszenie art. 90 ust. 1 poprzez uznanie, że przesłankę rażąco niskiej ceny oferty mogą stanowić w danym przypadku poszczególne ceny jednostkowe oferty odwołującego– zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
4. naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 2 poprzez nie uwzględnienie wszystkich wyjaśnień i dowodów odwołującego– zarzut nie zasługuje na uwzględnienie,
5. naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a to wobec wybrania oferty J.K. JOMAKO jako najkorzystniejszej w sytuacji kiedy po wezwaniu tego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 złożył on podobne wyjaśnienie jak odwołujący, które zdaniem zamawiającego są wystarczające do uznania, że cena nie jest rażąco niska – zarzut zasługuje na uwzględnienie,
6. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego pomimo braku podstaw do kwalifikacji ceny ofertowej odwołującego jako rażąco niskiej– zarzut nie zasługuje na uwzględnienie,
7. naruszenie art. 91 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej kiedy zawiera ona przymioty oferty najkorzystniejszej wobec ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert– zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku, ponieważ stwierdzono naruszenie przepisów ustawy art.7 ust.1 w związku z art.90 ust.3 i 89 ust.4 ustawy pzp w stosunku do oferty wykonawcy wybranego co powoduje wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca

2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania obejmujące uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 zł i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w łącznej kwocie 3.600 złotych. Co do zasady nie zasądza się kosztów dla przystępującego poza wyjątkiem uwzględnienia odwołania i wniesienia przez przystępującego sprzeciwu.

Przewodniczący: