

Sygn. akt: KIO 499/16

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, tj. Miejskiemu Zarządowi Ulic i Mostów w Tychach unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z udziałem oferty złożonej przez Skanska S.A.,**
2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy** na rzecz **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę ul. Urbanowickiej w Tychach – III etap. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 lutego 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 16915.

W dniu 5 kwietnia 2016 r. wykonawca Skanska S.A. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez odwołującego wyjaśnień i bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, która nie spełnia kryterium rażąco niskiej ceny;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż cena jego oferty jest niższa o niecałe 19% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 1.223.062,72 zł), lecz również jest zbliżona wartościowo do ofert znajdujących się na dalszych pozycjach. Odwołujący stwierdził, że w swych wyjaśnieniach z dnia 21 marca 2016 r., które nie mogą być uznane za ogólnikowe, przedstawił sposób kalkulacji oferty, przedstawił wszystkie te okoliczności, które miały bezpośredni lub pośredni wpływ na dokonaną kalkulację ceny oferty, jak również przedłożył stosowne dowody na tę okoliczność. Odwołujący podkreślił, że potwierdził możliwość realizacji zamówienia w przedstawionych w ofercie kwotach. W ocenie odwołującego, w żaden sposób nie można było uznać złożonej przez odwołującego oferty za taką, która zawiera rażąco niską cenę.

Za chybiony odwołujący uznał zarzut zamawiającego, iż „w przypadku robót brukarskich skalkulowanych według stawek, narzutów i cen zgodnych z wyjaśnieniami ich wartości są znacznie wyższe od tych wskazanych w ofercie”. Odwołujący wskazał, iż w Załączniku nr 1 (1a, 1b, 1c, 1d) do odwołania przedstawił szczegółową argumentację

i wyczenia w powyższym zakresie. Jak zauważył odwołujący, wartość robót brukarskich wynosi 47.586,58, tj. 7,57% wartości robót drogowych, z czego pozycja 53 stanowi wartość 42.799,68 zł, tj. 6,81% wartości robót drogowych. Pozostałe pozycje na roboty brukarskie, tj. pozycja 51, 52 i 54 stanowią wartość 4.786,90 zł, co daje 0,76% wartości robót drogowych i tym samym mają marginalny wpływ na wartość oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, iż do wyjaśnień z dnia 21 marca 2016 r. przedłożył ofertę na najbardziej cenotwórczy materiał (kostka betonowa). Odwołujący - w ślad za argumentacją zawartą w pkt. III wyjaśnień z dnia 21 marca 2016 r. - zastrzegł treść ww. Załącznika jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zaznaczył, że wartość ww. robót stanowi 5,89% wartości oferty.

Odwołujący wskazał, iż oferta odwołującego na wykonanie przedmiotowego zadania inwestycyjnego z podziałem na procentowy udział poszczególnych robót kształtuje się następująco:

1. roboty drogowe – wartość 628.709,47 zł, co stanowi 77,81% całości oferty (por. wyjaśnienia z dnia 21 marca 2016 r. z załącznikami - str. 7-9),
2. odwodnienie – wartość 54.356,98 zł, co stanowi 6,73% całości oferty (por. wyjaśnienia z dnia 21 marca 2016 r. z załącznikami - str. 10),
3. oświetlenie wraz z przebudową sieci kolidujących z przebudową ulicy – wartość 95.230,27 zł, co stanowi 11,79% całości oferty (por. wyjaśnienia z dnia 21 marca 2016 r. z Zał. nr 5 do wyjaśnień),
4. zabezpieczenie istniejących kabli teletechnicznych – wartość 2.668,11 zł, co stanowi 0,33% całości oferty (por. wyjaśnienia z dnia 21 marca 2016 r. z Zał. nr 5 do wyjaśnień),
5. przebudowa gazociągu – wartość 27.005,25 zł, co stanowi 3,34% całości oferty (por. wyjaśnienia z dnia 21 marca 2016 r. z Zał. nr 6 do wyjaśnień).

Razem – 807.970,08 zł + 23% VAT = 993.803,20 zł.

Jak zauważył odwołujący, procentowy rozkład wartości robót drogowych przedstawia się następująco:

1. roboty bitumiczne – wartość 272.131,90 zł, co stanowi 43,28% udział w całości robót drogowych i 33,68% udział w wartości oferty,
2. nawierzchnie z betonowej kostki brukowej – wartość 47.586,58 zł, co stanowi 7,57% udział w całości robót drogowych i 5,89% udział w wartości oferty,

3. roboty ziemne i rozbiórkowe – wartość 57.612,44 zł, co stanowi 9,16% udział w całości robót drogowych i 7,13% udział w wartości oferty,
4. podbudowy – wartość 52.865,99 zł, co stanowi 8,41% udział w całości robót drogowych i 6,54% udział w wartości oferty,
5. inne – wartość 198.512,56 zł, co stanowi 31,57% udział w całości robót drogowych i 24,57% udział w wartości oferty,

Razem – 628.709,47 zł, co stanowi 100% udział w całości robót drogowych i 77,81% udział w wartości oferty + 23% VAT = 773.312,65 zł.

Odnosząc się do robót bitumicznych odwołujący podkreślił, że sam zamawiający na str. 8 pisma z dnia 31 marca 2016 r. potwierdził, że „wartość robót bitumicznych jest zgodna z przyjętymi stawkami i cenami”. Wartość tych robót stanowi 43,28% wartości robót drogowych i 33,68% wartości oferty. Bezspornym zatem jest, zdaniem odwołującego, iż przedmiotowy zakres robót (których wartość została jednoznacznie uznana przez zamawiającego jako zgodna ze wskazanymi i przyjętymi przez wykonawcę cenami) ma istotny wpływ na wysokość ceny.

W zakresie robót ziemnych i rozbiórkowych odwołujący podniósł, że już w wyjaśnieniach z dnia 21 marca 2016 r. udokumentował posiadanie nowoczesnego parku maszynowego wyposażonego w systemy 3D. Podtrzymując w całej rozciągłości argumentację zawartą w tym zakresie w wyjaśnieniach - na potwierdzenie prawidłowości dokonanych wyliczeń odwołujący przedłożył wycenę najbardziej cenotwórczych pozycji 24 i 25, tj. Załącznik nr 2. W ślad za argumentacją zawartą w pkt. III wyjaśnień z dnia 21 marca 2016 r. odwołujący zastrzegł treść ww. Załącznika jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oдноśnie podbudów odwołujący wskazał, że już w wyjaśnieniach z dnia 21 marca 2016 r. udokumentował posiadanie nowoczesnego parku maszynowego wyposażonego w systemy 3D. Podtrzymując w całej rozciągłości argumentację zawartą w tym zakresie w wyjaśnieniach - na potwierdzenie prawidłowości wyceny odwołujący przedłożył kalkulację najbardziej cenotwórczych pozycji, tj. 35a i 36 (Załącznik nr 3 /3a, 3b/). Odwołujący podkreślił, iż do wyjaśnień przedłożył ofertę na najbardziej cenotwórczy materiał (kruszywo łamane). Odwołujący - w ślad za argumentacją zawartą w pkt. III wyjaśnień z dnia 21 marca 2016 r. - zastrzegł treść ww. Załącznika jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na potwierdzenie prawidłowości wyceny pozostałych elementów zamówienia odwołujący przedłożył kalkulację najbardziej cenotwórczej pozycji, tj. 64 (Załącznik 4).

Odwołujący podkreślił, że do wyjaśnień z dnia 21 marca 2016 r. przedłożył ofertę na najbardziej cenotwórczy materiał (krawężnik betonowy). Odwołujący wyjaśnił, że z uwagi na niski procentowy udział tych robót w cenie oferty nie składał w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień dotyczących pozostałych pozycji kosztorysowych. Odwołujący - w ślad za argumentacją zawartą w pkt. III wyjaśnień z dnia 21 marca 2016 r. - zastrzegł treść ww. Załącznika jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, iż ww. Załączniki dołączone do odwołania zawierają szczegółowe wyjaśnienia wyceny najbardziej cenotwórczych robót drogowych wg diagramu nr 2 w oparciu o ceny materiałów zawarte w wyjaśnieniu z dnia 21 marca 2016 r. Odwołujący stwierdził, że na podstawie ww. załączników niepodważalnie udowodnił 25,14% wartości robót drogowych oraz 19,56% wartości oferty (procentowa suma pozycji Nawierzchnie z betonowej kostki brukowej + Roboty ziemne i rozbiórkowe + Podbudowy).

W zakresie odwodnienia odwołujący przedłożył kalkulację na kanały z rur PCV - pozycja 8, 23, 35 kosztorysu ofertowego (Załącznik nr 5) potwierdzające prawidłowość wyliczenia ceny. Jak zauważył odwołujący, do wyjaśnień z dnia 21 marca 2016 r. przedłożył ofertę na najbardziej cenotwórcze materiały (rury). Odwołujący - w ślad za argumentacją zawartą w pkt. III wyjaśnień - zastrzegł treść ww. Załącznika jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia złożone zamawiającemu w dniu 21 marca 2016 r. zawierały oferty firm podwykonawczych na wykonanie oświetlenia wraz z przebudową sieci kolidujących z przebudową ulicy, który to zakres stanowi 11,79% wartości oferty. Tym samym, zdaniem odwołującego, odwołujący wykazał, że zawarta w ofercie cena za ww. zakres w żaden sposób nie może być uznana za rażąco niską.

Jak wskazał odwołujący, wyjaśnienia z dnia 21 marca 2016 r. zawierały również oferty firm podwykonawczych na wykonanie zabezpieczenia istniejących kabli teletechnicznych, który to zakres stanowi 0,33% wartości oferty, a zatem należy uznać, w ocenie odwołującego, że odwołujący wykazał, że zawarta w ofercie cena za ww. zakres w żaden sposób nie może być uznana za rażąco niską.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny zawierały oferty firm podwykonawczych na wykonanie przebudowy gazociągu, który to zakres stanowi 3,34 % wartości oferty, a zatem odwołujący wykazał, że zawarta w ofercie cena za ww. zakres w żaden sposób nie może być uznana za rażąco niską.

W związku z powyższym bezspornym jest, zdaniem odwołującego, że odwołujący w przesłanych wyjaśnieniach udowodnił (a zamawiający uznał) 15,46% (oświetlenie wraz

z przebudową sieci kolidujących z przebudową ulicy + zabezpieczenie istniejących kabli teletechnicznych + przebudowa gazociągu) + 33,68% (roboty bitumiczne) = 49,14% wartości oferty. Na pozostałą część robót odwołujący, jak zauważył, przesłał zamawiającemu m.in. oferty na zakup najbardziej cenotwórczych materiałów, czym również wykazał realność ujętych w ofercie cen. Bezspornym zatem winno być, w przekonaniu odwołującego, że odwołujący swymi wyjaśnieniami (wraz z załączonymi do wyjaśnień dowodami) wykazał brak rażąco niskiej ceny w zakresie najbardziej cenotwórczych zakresów robót, stanowiących 68,70% oferty („Roboty bitumiczne” 33,68% + „Nawierzchnie z betonowej kostki brukowej” 5,89% + „Roboty ziemne i rozbiórkowe” 7,13% + „Podbudowy ” 6,54% + „Oświetlenie wraz z przebudową sieci kolidujących z przebudową ulicy” 11,79 % + „Zabezpieczenie istniejących kabli teletechnicznych” 0,33% + „Przebudowa gazociągu” 3,34%) = 68,70% oferty).

Za chybiony odwołujący uznał również zarzut zamawiającego, iż „Wykonawca w sposób bardzo ogólnikowy odniósł się w wyjaśnieniach do oszczędności metody wykonania zamówienia wyliczając jedynie czynniki mogące obniżyć koszty: organizacji, utrzymania placu budowy, zabezpieczeń budowy, pracy sprzętu oraz brygad roboczych”. Odwołujący wskazał, że w swych wyjaśnieniach wskazał te czynniki, dzięki którym koszty wykonania przedmiotowego zamówienia mogły zostać obniżone. W szczególności odwołujący wskazał na to, iż:

- posiada miejscowe zasoby siły roboczej, dzięki czemu nie musiał liczyć kosztów delegacji i zakwaterowania pracowników,
- posiada własny park maszynowy i sprzętowy, który w znacznej mierze został zamortyzowany na poprzednio zrealizowanych projektach, w tym sprzęt ciężki do wykonywania robót, który pracuje z uwzględnieniem technologii 3 D;
- posiada wieloletnie doświadczenie, które pozwala zoptymalizować wydajności pracy oraz w pełni wykorzystać zasoby ludzkie i sprzętowe niezbędne do wykonania tych asortymentów, co znacznie obniża koszty,
- posiada własną wytwórnię mas bitumicznych i węzeł betoniarski zlokalizowany w Zabrze,
- posiada własne zaplecza biurowe i socjalne;
- dysponuje własnym specjalistycznym, laboratorium zlokalizowanym w Zabrze.

Bezspornym winno być, w ocenie odwołującego, że ww. czynniki dały odwołującemu przewagę konkurencyjną i pozwoliły mu skalkulować cenę na poziomie podanym w ofercie. Co więcej, nie sposób pominąć, jak zauważył odwołujący, iż inni wykonawcy, których oferty

uplasowały się na niższych pozycjach, skalkulowały cenę oferty na podobnym poziomie jak cena odwołującego.

Nie może się także ostać, w przekonaniu odwołującego, zarzut, jakoby „Wykonawca nie dokonał i nie przedstawił szczegółowego kosztorysu”, posługiwał się hasłami, uniknął szczegółowych wyliczeń”. Odwołujący stwierdził, że bezspornym jest, iż zamawiający pismem z dnia 17 marca 2016 r. wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący zauważył, że w swych wyjaśnieniach odniósł się do tych robót, które były najbardziej cenotwórcze w odniesieniu do ceny ofertowej i przedstawił stosowne dowody na potwierdzenie swej argumentacji. Zadziwiające zatem jest, zdaniem odwołującego, stanowisko zamawiającego, który czyni odwołującemu zarzut nie przedstawienia szczegółowego kosztorysu, w szczególności wobec faktu, iż zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień nie wymagał przedłożenia kosztorysu. Ponadto, jak stwierdził odwołujący, obowiązek przedłożenia szczegółowego kosztorysu nie wynikał z dokumentacji przetargowej. Dodatkowo odwołujący wskazał, że zamawiający zwrócił się do wykonawcy z lakonicznym, ogólnym wnioskiem do złożenia wyjaśnień, nie wskazał nawet, jakie elementy cenotwórcze budzą jego wątpliwości. Co więcej, jak zauważył odwołujący, jeżeli zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do określonych części wyjaśnień odwołującego, brak było jakichkolwiek przeszkód, aby zamawiający zwrócił się do odwołującego z wezwaniem do złożenia dodatkowych wyjaśnień - tego jednakże zamawiający nie uczynił. W tym miejscu odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1104/15.

Odwołujący podniósł ponadto, że z zestawienia wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynika, że cena ofertowa odwołującego nie odbiega znacząco od średniej cen innych oferentów, za wyjątkiem oferty firmy Eko Ogród Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach, która po otwarciu ofert uplasowała się na ostatnim szóstym miejscu i ostatecznie została przez zamawiającego wybrana jako oferta najkorzystniejsza (z uwagi na odrzucenie pierwszych pięciu ofert). Odwołujący stwierdził, że powyższe argumenty w sposób jasny pokazują, że cena ofertowa odwołującego jest ceną rynkową i uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do wykonania tego zakresu prac. Jak podkreślił odwołujący, z zestawienia ofert wynika, że to cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest przeszacowana, a także, iż to wartość zamówienia została przez zamawiającego przeszacowana.

Odwołujący zauważył, że z praktyki wynika, że kosztorysy inwestorskie znacząco odbiegają od oferowanych w przetargach publicznych (przez szereg wykonawców) cen rynkowych na wykonanie robót budowlanych. Jest tak dlatego, iż kosztorysy inwestorskie

tworzone są w głównej mierze w oparciu o Katalogi Nakładów Rzeczowych, które powstawały w latach 80-tych ubiegłego wieku. Nakłady robocizny i sprzętu w nich zawarte są mocno przeszacowane i nie przystają do obecnej rzeczywistości rynkowej, co wynika m.in. z postępu technicznego, jaki dokonał się w ostatnich dekadach. Oprócz tego, w kosztorysach inwestorskich zastosowanie mają średnie ceny materiałów wydawnictw takich jak SEKOCENBUD. Są to ceny głównie katalogowe, gdzie na porządku dziennym jest uzyskiwanie rabatów zakupowych sięgających 60% na etapie realizacji kontraktu. Dzisiejsza rzeczywistość gospodarcza, w której znacząca część podwykonawców robót budowlanych oraz producentów materiałów i urządzeń ma ograniczone możliwości sprzedaży materiałów i usług stworzyła wykonawcom możliwość oferowania cen odbiegających od szacunków zamawiających, a tym samym, uzyskanie korzystniejszych ofert. Odwołujący stwierdził, że mógł obniżyć koszt wykonania, na co wskazał w swych wyjaśnieniach, do których załączył dowody na poparcie swoich twierdzeń.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
- 2) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił w dniu 11 kwietnia 2016 r. wykonawca Z.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z.F. „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez SKANSKA S.A., treść pisma zamawiającego z dnia 17 marca 2016 r. skierowanego do odwołującego, treść wyjaśnień SKANSKA S.A. z dnia 21 marca 2016 r. wraz z załącznikami, oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba za nieskuteczne uznała przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłoszone w dniu 11 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę Z.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z.F. „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych. Bezsporna jest okoliczność, iż ww. wykonawca otrzymał informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią w dniu 6 kwietnia 2016 r. (pismo zamawiającego skierowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2016 r., okoliczność ta została potwierdzona również przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie w toku posiedzenia), a zatem 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia mijał w dniu 9 kwietnia 2016 r. Pełnomocnik wykonawcy Z.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z.F. „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych podniósł, że z odpowiedzi Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych na interpelację poselską wynika, że jeżeli koniec terminu przypada w sobotę, a tak było w tym przypadku, zostaje on przedłużony na pierwszy dzień roboczy.

Izba nie podzieliła stanowiska wykonawcy zgłaszającego przystąpienie przychylając się do stanowiska wyrażonego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2015 r., sygn. akt KIO 818/15. Izba stwierdziła, że przepisy rozporządzenia Rady nr 1182/71 nie mają zastosowania w przypadku polskiego systemu środków ochrony prawnej, gdyż kwestie związane z obliczaniem terminów ustawodawca europejski pozostawił regulacjom wewnętrznym danego państwa. Ww. rozporządzenie nie jest skierowane do polskich organów orzekających w sprawach zamówień publicznych, czy też uczestników polskiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz do organów unijnych tworzących prawo i w odniesieniu do tych podmiotów ma bezpośredni skutek obowiązujący. Izba zważyła, że art. 185 ust. 7 ustawy Pzp odsyła do przepisów k.p.c. o sądzie polubownym, w tym do art. 1184 § 2 k.p.c. w zw. z art. 165 § 1 k.p.c. oraz, że w polskim porządku prawnym dni ustawowo wolne od pracy wylicza enumeratywnie ustawa o dniach wolnych od pracy, która to ustawa za dzień ustawowo wolny od pracy nie uznaje soboty. Z uwagi na powyższe, wpływ terminu na dokonanie określonej czynności – w tym wniesienie do Prezesa Izby zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego – w sobotę, skutkuje uznaniem, że właśnie w tym dniu termin ten skutecznie upływa, bez możliwości jego wydłużenia na kolejny dzień roboczy.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Za zasadny Izba uznała zarzut bezpodstawnego odrzucenia przez zamawiającego złożonej przez odwołującego oferty w wyniku nieprawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen. Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym mu w wyniku nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione 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 ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przywołany przepis zakłada możliwość powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu ceny ofertowej, czy daje ona szansę na prawidłowe wykonanie zamówienia. Ustawodawca dał w tym zakresie jednoznaczne wytyczne, kiedy z całą pewnością zamawiający musi wystąpić o wyjaśnienia do wykonawcy, tj. w sytuacji, gdy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistnieje jedna z dwóch wymienionych w tym przepisie okoliczności - oferta jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Jednocześnie, w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ustawodawca zobowiązał zamawiającego do odrzucenia oferty 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.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 2.339.248,96 zł (po odliczeniu zamówień uzupełniających), co po doliczeniu kwoty VAT wynosi 2.877.276,22 zł. Izba ustaliła również, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców:

- SKANSKA S.A. – 993.803,20 zł,
- Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. – 998.095,68 zł,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DROGRÓD S.T. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Projektowe „DROKAN-2” J.N. – 1.001.328,66 zł,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o. i SPRINT GOLEMO Sp. z o.o. – 1.205.689,73 zł,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakład Remontowo Budowlany M.F. i Bramster Sp. z o.o. sp.k. – 1.459.423,57 zł,
- „EKO-OGRÓD” Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych – 1.679.535,45 zł.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 1.222.979,38 zł.

Izba ustaliła również, że pismem z dnia 17 marca 2016 r. zamawiający powołując się na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazując, iż w opinii zamawiającego, cena oferty wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego w specyfikacji. Zamawiający stwierdził, że ustalił, że wartość elementów przedstawionych w załączonych kosztorysach ofertowych mających wpływ na wysokość ceny pozostaje w dysproporcji do żądanej za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny. Zamawiający poinformował również, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuci ofertę, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący odpowiadając na ww. wezwanie złożył w dniu 21 marca 2016 r. wyjaśnienia wraz z dowodami zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 31 marca 2016 r. zamawiający poinformował wykonawców m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, oraz o odrzuceniu pięciu ofert jako zawierających rażąco niską cenę. Za taką została uznana również cena zaoferowana przez odwołującego. Zamawiający argumentował, iż odwołujący nie przedstawił w wyjaśnieniach informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów kalkulacyjnych mających wpływ na wartość zaproponowanej przez niego ceny, w szczególności w odniesieniu do kosztotwórczych elementów zamówienia, w sposób wyczerpujący i szczegółowy. W ocenie zamawiającego, odwołujący w sposób bardzo ogólnikowy odniósł się w wyjaśnieniach do oszczędności metody wykonania zamówienia wyliczając jedynie czynniki mogące obniżyć koszty: organizacji, utrzymania

placu budowy, zabezpieczeń budowy, pracy sprzętu oraz brygad roboczych. Zdaniem zamawiającego, odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, czy poprzez przedstawienie dowodów, czy też poprzez dokonanie obliczeń, że wskazane czynniki oszczędności metody wykonania zamówienia mają jakikolwiek wpływ na obniżenie ceny. W związku z faktem, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał stawki i narzuty zastosowane przy kalkulacji robót drogowych, zamawiający dokonał kalkulacji szczegółowej wybranych cen jednostkowych uwzględniając ceny materiałów przedstawionych jako dowody do wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że wartość robót bitumicznych jest zgodna z przyjętymi stawkami i cenami, jednak stanowią one jedynie 43,28% wartości robót drogowych i tylko 33,68% wartości oferty. Zamawiający stwierdził także, że w przypadku robót brukarskich skalkulowanych według stawek, narzutów i cen zgodnych z wyjaśnieniami, ich wartości są znacznie wyższe od tych wskazanych w ofercie. Zamawiający zaznaczył, że odwołujący nie przedstawił zamawiającemu jako dowodu cen wszystkich materiałów, co uniemożliwiło zamawiającemu dokonanie kalkulacji szczegółowej wszystkich prac. W ocenie zamawiającego, odwołujący wyjaśniając możliwość wykonania zamówienia w zaproponowanej cenie posługiwał się hasłami, uniknął szczegółowych wyliczeń (np. ilości roboczogodzin, nakład godzinowy pracy, koszty pracy sprzętu – w tym koszty paliwa). Za najbardziej niezrozumiałą uznał zamawiający okoliczność, iż odwołujący nie dokonał i nie przedstawił szczegółowego kosztorysu. Takie postępowanie, zdaniem zamawiającego, obciąża wykonawcę w ten sposób, że wykonawca uniemożliwił zamawiającemu obiektywną ocenę czy w ofercie nie doszło do rażąco niskiej ceny. Zamawiający stwierdził, że nie mógł narzucić wykonawcy sposobu udzielania wyjaśnień, jednak w wezwaniu wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Mając powyższe na uwadze, Izba za wystarczające uznała złożone przez odwołującego wyjaśnienia stwierdzając, iż odwołujący wykazał, że okoliczności wskazane w wyjaśnieniach z dnia 21 marca 2016 r. stanowią elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Izba wzięła w szczególności pod uwagę takie okoliczności, jak posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych i węzła betoniarskiego zlokalizowanego w Zabrze, posiadanie własnego parku maszynowego i sprzętowego, w tym sprzętu pracującego w technologii 3D, jak też zasobów miejscowej siły roboczej. Nie bez znaczenia pozostaje również pozycja odwołującego na rynku, jak też rozmiar robót obecnie wykonywanych przez odwołującego. Izba stwierdziła, że w złożonych wyjaśnieniach odwołujący dokonał też obliczeń potwierdzających realność wyceny poszczególnych pozycji, których prawidłowość została potwierdzona dowodami załączonymi do wyjaśnień. Rzetelności tych obliczeń dowodzą także załączone do odwołania szczegółowe obliczenia

oraz oferty dostawców. Mając powyższe na względzie, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że wyjaśnienia odwołującego wraz ze złożonymi dowodami potwierdzają, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, jak stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Szczegółowe odniesienie się przez Izbę do treści złożonych przez odwołującego wyjaśnień i dowodów nie jest możliwe z uwagi na zastrzeżenie przez odwołującego treści wyjaśnień z dnia 21 marca 2016 r. wraz z załącznikami, a także treści załączników do odwołania jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to nie zostało przez zamawiającego uchylone.

Izba stwierdziła, że rozpoznając przedmiotową sprawę nie można pominąć okoliczności, iż wszystkie zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ceny znacząco odbiegają od szacunkowej wartości zamówienia. Jednocześnie, trzy z sześciu zaoferowanych cen są do siebie bardzo zbliżone (993.803,20 zł, 998.095,68 zł, 1.001.328,66 zł), co w ocenie Izby potwierdza realność zaoferowanej przez odwołującego ceny. Nieznaczne różnice pomiędzy kolejnymi ofertami wskazują, że zaoferowane ceny są rynkowe i konkurencyjne. Izba zważyła bowiem, że oferty złożone na dany przedmiot zamówienia stanowią odzwierciedlenie cen funkcjonujących na danym rynku. Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, że pomimo złożonych przez odwołującego wraz z ofertą kosztorysów (strony od 61 oferty), zamawiający w wystosowanym wezwaniu nie wskazał wykonawcy, które wartości budzą wątpliwości zamawiającego. Wezwanie zamawiającego było ogólne, sprowadzało się do wskazania różnicy pomiędzy zaoferowaną ceną a szacunkową wartością zamówienia oraz przytoczenia treści przepisów ustawy Pzp. W szczególności, zamawiający nie wymagał od odwołującego przedłożenia szczegółowego kosztorysu, na którego brak zwrócił uwagę w informacji o odrzuceniu oferty. Warto również podkreślić, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zobowiązuje wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów ceny, ale wskazuje na konieczność złożenia wyjaśnień w zakresie tych elementów, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że wobec zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu sytuacji, oraz z uwagi na wskazanie przez odwołującego w złożonych wyjaśnieniach okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a także poparcie ich stosownymi dowodami, ewentualne dalsze wątpliwości zamawiającego mogły być rozstrzygnięte przez skierowanie do odwołującego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień wskazującego na konkretne elementy wymagające doprecyzowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że naruszone zostały przez zamawiającego art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: