

Sygn. akt: KIO 476/17

WYROK
z dnia 30 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13.marca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **S. Sp. z o. o. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **P. S. i E. S. A(...)**

przy udziale wykonawcy **A. Sp. z o.o. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **S. Sp. z o. o. (...)**
3. zalicza w poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **S. Sp. z o. o. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
4. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych, stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 roku poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 476/17

UZASADNIENIE

P. S. E. Spółka Akcyjna (...), dalej zwane „zamawiającym„, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w roku 2017-2018”, postępowanie nr DU/162/2016/MMK.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 01 lipca 2016 r., numer ogłoszenia 2016/S 125-224516. Pierwsza zmiana ogłoszenia została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 lipca 2016 r., numer ogłoszenia 2016/S 144-261128.

Przedmiotem zamówienia są kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w roku 2017-2018. Przedmiot zamówienia został podzielony na 25 części zwanych Pakietami. Pakiety stanowią odrębne linie bądź grupy linii i obejmują prace związane z wycinką, przeznaczone do realizacji w roku 2017-2018.

W dniu 03 marca 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W wyniku oceny ofert za najkorzystniejszą ofertę w zakresie Pakietu 22 (części 22) oraz Pakietu 25 (części 25) została uznana oferta wykonawcy A..

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca S. Sp. z o. o. (...) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu nieodrzczenie oferty wykonawcy A. Sp. z o.o. (...), (który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego) czym naruszył :

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę A. w Pakiecie 22 (części 22) Zamówienia, mimo że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską oraz z uwagi, że oferta tego wykonawcy w Pakiecie 22 (części 22) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- b) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę A. w Pakiecie 25 (części 25) Zamówienia, mimo że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską oraz z uwagi, że oferta tego wykonawcy w Pakiecie 25 (części 25) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- c) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. z udziału w postępowaniu, mimo że

wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

d) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy A. jako najkorzystniejszej oferty w Pakiecie 22 (części 22) i Pakiecie 25 (części 25) Zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy A. jako najkorzystniejszej oferty w Pakiecie 22 (części 22) Zamówienia
- b) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy A. jako najkorzystniejszej oferty w Pakiecie 25 (części 25) Zamówienia
- c) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej w Pakiecie 22 (części 22) i Pakiecie 25 (części 25) Zamówienia przez A.;
- d) dokonał wykluczenia A. z udziału w postępowaniu z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
- e) dokonał czynności odrzucenia oferty A. w Pakiecie 22 (części 22) oraz Pakiecie 25 (części 25) zamówienia z uwagi na fakt, iż złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niska oraz z uwagi na fakt, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że wykonawca A. w niniejszym postępowaniu był czterokrotnie wzywany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i mimo tak wielu prób nie był w stanie prawidłowo wyjaśnić w jaki sposób skalkulował cenę swojej oferty, odpowiadając z pominięciem żądań Zamawiającego oraz przedstawiając w efekcie nierzetelne informacje, które to zostały bezrefleksyjnie przyjęte przez Zamawiającego. Wskazał jednocześnie należy, że wykonawca A. nie przedłożył zindywidualizowanych informacji w zakresie kosztów realizacji w odniesieniu do każdego z Pakietów, a jedynie w sposób automatyczny przedłożył te same informacji do wyjaśnień w zakresie 3 różnych części zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2017 r. wykonawca A. nie przedłożył jakichkolwiek dowodów, mimo literalnego w tym zakresie wezwania poczynionego przez Zamawiającego. Co więcej w odpowiedzi na wezwanie wykonawca A. przedłożył tylko ogólne, nic nie wnoszące do wyjaśnień wyliczenia, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Wskazać przy tym należy, że wykonawca A. nie przedłożył choćby do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kalkulacji cenowej, a wskazane przez niego założenia są nieprawdziwe i wprost sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia nie zawierają jakichkolwiek szczegółowych informacji pozwalających ocenić realność zaoferowanej ceny. Tak lakoniczne

twierdzenia nie mogą być oceniane w inny sposób, niż jako potwierdzające, że zaoferowana cena jest rażąco niska (w związku z niewykazaniem, że jest realna). Już ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę A. w dniu 01 lutego 2017 r. winna doprowadzić do odrzucenia jego oferty. Wraz z przebiegiem procedury, składając wyjaśnienia w dniu 13 i 22 lutego 2017 r. wykonawca A. nie dość, że nie przedstawiał wymaganych przez Zamawiającego kalkulacji, to w zakresie przyjętych założeń dokonał de facto całkowitej zmiany złożonych wyjaśnień co do jednego z istotnych elementów cenotwórczych - tj. powierzchni służebności w Lasach Państwowych. Mając na uwadze powyższe nie może ulegać wątpliwości zdaniem odwołującego, iż A. nie sprostął ciężarowi wykazania realności zaoferowanej ceny, o którym mowa w art. 90 ust. 2 Ustawy.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, który to zarzut jest podstawowym zarzutem odwołania podniósł iż:

- przyjęcia założenia, iż wystarczająca liczba pracowników potrzebnych do realizacji zamówienia to 8 osób, mimo że wykonawca sam wskazał, że korzystać będzie z dwóch traktorów Valtra, co pociąga za sobą konieczność zatrudnienia dodatkowego traktorzysty i pomocnika traktorzysty. Tym samym przy przyjęciu założeń wykonawcy A. w przedstawionych wyliczeniach winien on uwzględnić zatrudnienie 10 a nie jedynie 8 osób;
- powyższe zaniżenie przekłada się jednocześnie na zaniżenie kosztów części zamiennych i paliwa;
- nie ma możliwości wykonania 100% prac w dniu linii z wykorzystaniem ciągników Valtra wraz z frezarko-kruszarkami, na co wskazano w treści wyjaśnień. Część prac musi zostać wykonana w sposób ręczny, co przekłada się na zwiększoną liczbę roboczogodzin;
- wykonawca A. w ogóle nie skalkulował kosztów pracy ciągników Valtra, prócz wykazania jedynie oszczędności z tytułu ich wykorzystania.
- koszty roboczogodziny ciągnika Valtra są zaniżone i nie pozwalają na pokrycie samych tylko kosztów paliwa,
- wykonawca A. w ogóle nie skalkulował kosztów składowania sprzętu,
- wykonawca A. przyjął zbyt krótkie terminy realizacji zamówienia, co również w istotny sposób przekłada się na zaniżenie ceny ofertowej.
- wykonawca A. w żadnym miejscu przyjętej kalkulacji nie uwzględnił kosztów transportu pracowników oraz kosztów noclegów oraz diet dla pracowników, które stanowią również istotny element kosztotwórczy;
- wykonawca A. przedstawiając wyjaśnienia wskazał na bardzo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, mimo że warunki takie nie występują na liniach objętych Pakietem nr 22;

- wykonawca A. przyjął zbyt niską kwotę na wypłatę odszkodowań, które z pewnością byłby zmuszony wypłacić biorąc pod uwagę, iż znaczna części powierzchni realizacji zamówienia w Pakiecie nr 22 nie obejmuje terenów Lasów Państwowych;
- wykonawca A. przyjął oszczędności z tytułu zawartych z Lasami Państwowymi służebności dotyczące 100% powierzchni realizacji zamówienia, mimo że wskazał jedynie na 90%, które i tak są znacząco zaważone na co uwagę zwrócił sam Zamawiający, nie wyciągając jednak jakichkolwiek konsekwencji w tym zakresie;
- wykonawca A. nie skalkulował kosztów w zakresie uprzętnięcia i składowania uzyskanego urobku.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazał, że oferta Wykonawcy A. jest w istotny sposób niedoszacowana i zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie pozwala na jego prawidłowe wykonanie. Podsumowując powyższe stwierdził, że oferta wykonawcy A. winna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, iż odwołujący wskazał na te same braki w wyjaśnieniach przystępującego A. także w zakresie pakietu 25, co zadaniem Izby czyni niezasadnym ponowne ich powielanie.

W kolejnym zarzucie dotyczącym naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. z udziału w postępowaniu, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania odwołujący podał, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Powyższa przesłanka wykluczenia dotyczy wszelkich informacji składanych w toku całego postępowania, o ile informacje to miały lub choćby mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie może ulegać wątpliwości, że informacje składane w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny skutkować mogą wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego wykonawca A. w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, celem wprowadzenia Zamawiającego w błąd przedłożył nieprawdziwe informacje co do oszczędności metody wykonania zamówienia oraz warunków jego wykonywania. Powyższe aspekty były wymagane do wyjaśnienia przez Wykonawcę zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2017 r. Co do oszczędności metody wykonania wskazać należy, że próbując wprowadzić Zamawiającego w błąd wykonawca A. wskazał w złożonych przez siebie wyjaśnieniach i w szczerkowych kalkulacjach, że cały obszar realizacji przedmiotu zamówienia, zarówno w Pakiecie 22 jak i Pakiecie 25 objęty jest służebnościami w Lasach Państwowych. O nieprawdziwości tych informacji Zamawiający miał pełną

świadomość, ponieważ sam wskazał to w treści wezwania z dnia 17 lutego 2017 r. Nie może ulegać wątpliwości, iż już same założenia poczynione przez A. wskazują że element ten ma istotny wpływ na wysokość ceny ofertowej wykonawców, a więc A. winien dołożyć szczególnej staranności przy przedstawianiu tych informacji.

Co do warunków wykonywania zamówienia wskazać należy, że wykonawca A. wyjaśnił, że prace na całym obszarze objętym przedmiotem zamówienia w Pakiecie 22 i Pakiecie 25 wykonywane będą na terenach nizinnych, bez terenów bagnistych i objętych łęgami czy trzciniskami. Przyjęcie takich założeń ma istotny wpływ na ocenę pracochłonności przedmiotu zamówienia, co w istotny sposób przekłada się na długość realizacji zamówienia a więc jednocześnie wyliczeń elementów cenotwórczych. Analiza terenów objętych Pakietem 22 i Pakietem 25 pokazuje, że linie biegną przez tereny, które w istotny sposób zwiększą pracochłonność po stronie wykonawcy i spowodują wzrost kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, czego Wykonawca musiał mieć pełną świadomość.

Mając na uwadze powyższe skutkiem przedłożenia nieprawdziwych informacji we wskazanych powyżej elementach winno być wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto zarzucił zamawiającemu iż ten dokonując oceny i wyboru oferty A. dopuścił się naruszenia przepisu art. 7 ust 1 i 3 Pzp, gdyż nie może być wybrana jako najkorzystniejsza oferta złożona przez wykonawcę, który winien podlegać wykluczeniu z postępowania, a złożone przez niego oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i podał, że sam fakt, że cena oferty odbiega (nawet znacznie) od wartości zamówienia i średniej arytmetycznej cen złożonych ofert nie przesądza automatycznie i nie stanowi wystarczającego dowodu na okoliczność, że cena danej oferty jest rażąco niska. Wskaźnik arytmetyczny jest wyłącznie przesłanką do zbadania oferty i zastosowania procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp. Dla porównania należy również zauważyć, że z zestawienia złożonych ofert wynika, że ponad 82 % wszystkich złożonych ofert (we wszystkich dwudziestu pięciu Pakietach) okazała się niższa od wartości szacunkowej zamówienia, gdyż oferty były kalkulowane w oparciu o faktyczne oględziny danej linii, a nie średnie wyliczenia przyjęte przez Zamawiającego.

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień wykonawcy A. stwierdził, że nie sposób uznać je za lakoniczne, albowiem Wykonawca A. Sp. z o.o. pismem z dnia 01.02.2017r. przedłożył szczegółowe wyjaśnienia w zakresie metody wykonania zamówienia jak i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, które ponadto uzupełnił wyjaśnieniami z dnia 13.02.2017r. i 22.02.2017r. Wyjaśnienia te wskazują na szereg istotnych okoliczności mających wpływ na zaproponowaną przez Wykonawcę cenę i należy oceniać je jako

pozwalające na ocenę oferty pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny w sposób pełny i niebudzący wątpliwości.

Mając na uwadze, że, wezwania Zamawiającego jak i wyjaśnienia Wykonawcy A. Sp. z o.o. oraz wskazane przez Odwołującego zarzuty są tożsame zarówno dla Pakietu 22, jak i 25 Zamawiający w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny dotyczącego Pakietu 25 prezentuje takie samo stanowisko jak do wyliczeń dla pakietu 22. Natomiast w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy A. Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu, mimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania podał, że odwołujący odnosi to do kwestii, że wykonawca A. wskazał, iż cały obszar realizacji Zamówienia objęty jest służebnościami Lasów Państwowych. Twierdzenie to zdaniem zamawiającego mija się z prawdą, albowiem w piśmie z dnia 22.02.2017r. A. oświadczył, że „*obszar powierzchni do wycinki na terenach leśnych oszacował na 90 % prac do wykonania.*” Czym innym jest obszar wycinki, a czym innym obszar objęcia ustanowionymi służebnościami. Ponadto w piśmie z dnia 01.02.2017r. Wykonawca A. wskazał na „zawarte i podpisane służebności w Lasach Państwowych i prywatnych” więc nigdzie nie było mowy o objęciu całego obszaru realizacji zamówienia służebnościami ustanowionymi przez Lasy Państwowe.

Ponadto za całkowicie nieudowodnione i gołosłowne należy uznać twierdzenia Odwołującego, że Wykonawca A. nie przewidział wykonywania prac na terenach górskich, bagnistych czy łąkowo trzcinowych.

Przystępujący do postępowania wykonawca A. zarówno w stanowisku prezentowanym na rozprawie jak i w złożonym z dnia 24 marca 2017 roku piśmie procesowym wskazał, że cena ofertowa została prawidłowo skalkulowana. Przystępujący jest doświadczonym wykonawcą dla tego typu robót, poprzednio dla zamawiającego wykonywał prace objęte tym zamówieniem i wiedza w tym zakresie pozwoliła mu na takie skalkulowanie ceny, aby zarówno wykonać zamówienie jak i złożyć konkurencyjną ofertę.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy uznała, że Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Osią sporu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym był zarzut czy oferta złożona przez Odwołującego była z ceną rażąco niską. Podkreślenia wymaga, co potwierdzał Zamawiający, iż wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień nie dlatego, że uważał iż oferta wykonawcy ze względu na wskazaną cenę jest rażąco niską, lecz dlatego, że cena ta odbiegała znacznie poniżej 30 % od wartości oszacowania przedmiotu zamówienia. Odwołanie dotyczyło w szczególności braku odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaoferowania ceny niskiej ceny za wykonanie Pakietu 22 i 25, która to zdaniem odwołującego jest ceną rażąco niską.

Zasadnym jest wskazanie, że zgodnie z przepisem art. 90 ust.2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Dlatego też wezwany wykonawca jest zobowiązany złożyć wyjaśnienia oparte na dowodach wykazujących, że dodane w wyniku działań matematycznych wszelkie koszty rodzajowe, niezbędne do poniesienia aby wykonać zamówienie, nie osiągną wyższego pułapu niż wskazana w ofercie cena.

Odnosząc się do powyższego przepisu wskazać należy iż odwołujący w sposób niezasadny uznają, że przerzucony na wykonawcę - którego cena ofertowa jest kwestionowana, ciężar dowodowy ma charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie danej pozycji kosztów. Izba nie akceptuje takiego stanowiska. Postawiony w zakresie rażąco niskiej ceny oferty zarzut winien zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, poprzez wyraźne wskazanie przedstawione w formie opisu, wycień bądź zestawień, iż czynność zamawiającego w zakresie oceny oferty wykonawcy jest nieprawidłowa. W podobnym tonie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 27.10.2016 roku sygn. KIO 1932/16, wskazując iż *Wprowadzie po stronie wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień na podstawie art 90 ustawy spoczywa ciężar wykazania, że cena nie jest rażąco niska, to nie zwalnia to jednocześnie Odwołującego z wykazania zasadności stawianych zarzutów.*

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny nie należy uznać za prawidłowe postawienie zarzutu bez szczegółowego jego uzasadnienia wycieniami odwołującego oraz oczekiwania w takiej sytuacji, że już sam hasłowo przywołany zarzut zobowiązuje wykonawcę w oparciu o przepis art 90 ust 2 Pzp oraz art 190 ust. 1a Pzp do wykazania w pełnym zakresie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W zakresie dowodowym należy mieć na względzie przepis art 190 ust.1 Pzp, według którego to strony i uczestnicy postępowania są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne. Tym samym odwołujący stawiając zarzut rażąco niskiej ceny oferty, winien w zarzucie wskazać w oparciu o konkretne wycienienia, iż złożona oferta zawiera nierealną rynkowo cenę, albo cenę za którą ten konkretny wykonawca nie jest w stanie tego zamówienia wykonać. Dopiero po takim

przedstawieniu zarzutu wykonawca którego cena ofertowa jest kwestionowana winien złożyć szczegółowe wyjaśnienia. Niepodołanie temu obowiązkowi winno skutkować odrzuceniem jego oferty z powodu niewykazania iż cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Niewątpliwym jest, że w tym postępowaniu przystępujący kilkakrotnie składał zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, nie jest to sytuacja prawidłowa, gdyż zamawiający winien w sposób pełny a zarazem szczegółowy postawić w wezwaniu do wyjaśnień kwestie których wyjaśnienia oczekuje. Samo wskazanie w wezwaniu okoliczności o których mowa w art 90 ust.1 pkt 1-5 nie jest wystarczające, zamawiający winien wskazać w tym przepisie przykładowe okoliczności uszczegółowić i odnieść do konkretnego postępowania i oferty. Taka potrzeba występuje szczególnie w zamówieniach w których został ustalony ryczałtowy sposób wynagrodzenia, gdzie co do zasady nie są sporządzane szczegółowe kosztorysy, a nawet w sytuacji ich sporządzenia mają charakter informacyjny.

Nawiązując do przedstawionych argumentów odwołującego co do podstraw możliwości iż oferta przystępującego została złożona z rażąco niską ceną wskazać należy iż podniesiony w tym zakresie zarzut zawiera cały szereg ogólników z których trudno wywieść dlaczego cena oferty miałaby być rażąco niska. Wskazać należy przykładowo na następujące określenia z odwołania:

- wykonawca A. przyjął zbyt niską kwotę na wypłatę odszkodowań, które z pewnością byłby zmuszony wypłacić biorąc pod uwagę, iż znaczna części powierzchni realizacji zamówienia w Pakiecie nr 22 nie obejmuje terenów Lasów Państwowych

- wykonawca A. w ogóle nie skalkulował kosztów składowania sprzętu

- wykonawca A. przedstawiając wyjaśnienia wskazał na bardzo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, mimo że warunki takie nie występują na liniach objętych Pakietem nr 22;

- nie ma możliwości wykonania 100% prac w dniu linii z wykorzystaniem ciągników Valtra wraz z frezarko-kruszarkami, na co wskazano w treści wyjaśnień. Część prac musi zostać wykonana w sposób ręczny, co przekłada się na zwiększoną liczbę roboczogodzin,

Powyższe podsumował stwierdzeniem, że oferta Wykonawcy A. jest w istotny sposób niedoszacowana i zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie pozwala na jego prawidłowe wykonanie.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy iż poza hasłowym przywołaniem sytuacji, które mogą powodować niedoszacowanie oferty nie podano żadnych wyliczeń które miałyby podniesiony zarzut uzasadniać. Nadto podniesione zarzuty nie zawierają jakichkolwiek szczegółowych informacji pozwalających ocenić zasadność i rzeczywistość sytuacji w nich podnoszonych. Zdaniem Izby nie był żadnych przeszkód, aby odwołujący, który także złożył ofertę na powyższe Pakiety przedstawił własne wyliczenia jak powinno

wyglądać prawidłowe skalkulowanie kosztów. Mógł podać wyliczenia (bo pewno dokonał ich wyliczenia dla potrzeb swojej oferty) jaką kwotę odszkodowań należy wypłacić za wejścia na prywatny teren celem wykonania wycinki, ile winny wynosić koszty składowania sprzętu itd., a tym samym wykazać na jakim poziomie zdaniem odwołującego oferta A. jest niedoszacowana.

Przechodząc do oceny złożonych wyjaśnień wykonawcy A. stwierdzić należy, iż biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia są one podane z zaokrągleniem do pełnych tysięcy złotych, ale wcale nie są to wyjaśnienia, które nie dają obrazu jakie koszty wykonawca dla wykonania zamówienia poniesie. Przedstawione koszty w połączeniu z faktem iż wykonawca A. wykonywał już wcześniej prace dla zamawiającego na tym terenie nie dają podstaw , że założone kwoty są nierealne, że są zbyt niskie.

Odnosząc się do poszczególnych kosztów Izba poddała szczegółowej analizie zarówno wyjaśnienia złożone zamawiającemu jak też wyjaśnienia i wyliczenia zawarte w piśmie przystępującego z dnia 24 marca 2017 roku. Przedstawiane wyliczenia wskazują, że z ceny ofertowej nie tylko zostaną pokryte koszty realizacji zamówienia, ale także wykonanie zamówienia przyniesie wykonawcy określony zysk. Zakładana kwota zysku niewątpliwie stanowi także zabezpieczenie na wypadek gdyby koszt wykonania jakiegoś elementu zadania został przekroczony. Odnosząc się do wielkości powierzchni, która będzie podlegała wycince to nie może ona być utożsamiana z długością linii, gdyż jak wykazał zamawiający tam gdzie linie przechodzą przez tereny prywatne to w dużej mierze nie będzie żadnej wycinki ponieważ nie występują takie potrzeby. Nadto do robót wycinkowych zakwalifikowano na wszystkich liniach średnio około 20 % powierzchni biegnących zarówno przez tereny Lasów Państwowych jak i tereny prywatne. Ponadto odszkodowanie za wejście w teren prywatny będzie płacone pod warunkiem, że właściciel takiego gruntu zażąda odszkodowania. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, co Izba akceptuje że przystępujący wcześniej na tych liniach wykonywał prace wycinkowe objęte poprzednim zamówieniem i w związku z tym ma wiedze ile będzie potrzeba wypłacenia odszkodowań i dlatego też zamawiający nie miał żadnych podstaw prawnych aby kwestionować w tym zakresie podane wyliczenia.

Przedłożone w tym zakresie przez odwołującego kopie przelewów bankowych gdzie w tytule wpisano „odszkodowanie za wycinkę drzew” może mieć tylko znaczenie poglądowe że takie odszkodowania były przez odwołującego wypłacane. Natomiast brak jest możliwości powiązania kwot z tych przelewów z przedmiotowym zamówieniem. Podobnie Izba ocenia dowód w postaci przykładowych zdjęć terenu przez które przebiegają linie energetyczne wysokich napięć. Z tego materiału dowodowego nie sposób wywieść jakiego konkretnego terenu dotyczą, w jakiej porze roku zostały wykonane, a tym samym czy przedstawiane mokradła są wynikiem topnienia śniegu, opadów atmosferycznych, czy też są

stałym elementem terenu. Zdaniem Izby nie był przeszkód, aby odwołujący przedstawił szczegółową analizę tego terenu, gdyż niewątpliwie takie rozeznanie winien posiadać dla kalkulacji swojej oferty na to zamówienie. Izba uznaje tak przedstawione zarzuty za gołosłowne i w żaden sposób niepotwierdzone. Nie jest akceptowalnym stanowisko odwołującego który na pytanie Izby co do możliwości wykazania zasadności przedstawionych w zarzucie okoliczności wskazywał, że to na przystępującym spoczywa ciężar dowodu w tej sprawie i to on winien wykazać, że zarzut jest niezasadny. W tym zakresie Izba stoi na stanowisku, że niewątpliwie ciężar dowodu obciąża wykonawcę którego cena ofertowa jest kwestionowana, ale ten obowiązek należy rozpatrywać przez pryzmat okoliczności wynikających z uzasadnienia zarzutu. Samo wskazanie w odwołaniu, iż zdaniem odwołującego kalkulacja oferty może być nieprawidłowa nie powoduje automatycznie u wykonawcy, którego cena oferty jest kwestionowana obowiązku wykazania w pełnym zakresie iż zarzut jest niezasadny. Odpowiedź wykonawcy na zarzut odwołania winna być związana z konkretnym wyliczeniem nieprawidłowego skalkulowania danego kosztu składającego się na cenę ofertową. Winna być odpowiedzią na sprecyzowane w zarzucie i jego uzasadnieniu wątpliwości odwołującego. Zaznaczyć należy także, iż odwołujący podnosi brak podania w wyjaśnieniach niektórych kosztów o których podanie przystępujący nie był wzywany przez zamawiającego.

Dlatego też Izba uznała zarzut zaoferowania w ofercie przystępującego A. za niezasadny.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego niewykluczenia w oparciu o przepis 24 ust. 2 pkt 3 wykonawcy A. Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu, mimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Izba uznała ten zarzut za niezasadny. W zakresie podstawy sformułowania tego zarzutu odwołujący upatruje podstawę do wykluczenia wykonawcy z powodu podania informacji w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny co do oszczędności metody wykonania zamówienia oraz warunków jego wykonywania. Odwołujący wywodzi podanie nieprawdziwych informacji z informacji zawartych w udzielonych zamawiającemu wyjaśnieniach co do możliwości wystąpienia w ofercie A. rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby wszystkie informacje udzielane zamawiającemu odnoszące się do podstaw wyliczenia ceny ofertowej są oparte na strategii budowania ceny przez danego wykonawcę i nie powinny być łączone z informacjami na podstawie w oparciu o przepis art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp których może nastąpić wykluczenie wykonawcy z postępowania. Udzielone informacje podlegają ocenie zamawiającego co do prawidłowości skalkulowania ceny, natomiast brak jest podstaw do wywodzenia, iż jeśli treść wyjaśnienia nie potwierdza prawidłowości kalkulacji to jest nieprawdziwą informacją, która powinna skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Nadto podkreślić należy, na co Izba zwróciła uwagę przy ocenie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, iż odwołujący

zarzuca, że wykonawca A. wskazał, że cały obszar realizacji Zamówienia objęty jest służebnościami Lasów Państwowych, co wg. ustaleń Izby nie jest prawdą. Ponadto odwołujący w podnoszonych zarzutach (dotyczący obu Pakietów) nie podał jaka faktycznie jego zdaniem jest wielkość tej powierzchni, tylko hasłowo stwierdził, że ta podawana przez A. jest nieprawidłowa.

Nadto stwierdzić należy iż, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy z postępowania to muszą zostać spełnione kumulatywnie dwie przesłanki, tj. muszą zostać podane nieprawdziwe informacje, takie które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Nieprawdziwe informacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania jeśli zostaną złożone zamawiającemu i zostaną przez niego ocenione jako informacje prawdziwe. Nie jest możliwe uznanie, że nieprawdziwa informacja ma wpływ na wynik postępowania w sytuacji kiedy zamawiający wie lub zdaje sobie sprawę z tego, że uzyskana informacja jest informacją nieprawdziwą, bo wtedy należałoby założyć irracjonalność postępowania zamawiającego. W wskazywanej przez odwołującego sytuacji brak jest możliwości założenia, iż nawet gdyby przyjąć nieprawdziwość informacji (czego Izba nie potwierdza) w rozumieniu art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp, to że miała ona wpływ na wynik postępowania, gdyż sam odwołujący w odwołaniu stwierdził, że *„O nieprawdziwości tych informacji Zamawiający miał pełną świadomość, ponieważ sam wskazał to w treści wezwania z dnia 17 lutego 2017 r”*.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 1b) 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 ze zm.).

Przewodniczący