

Sygn. akt KIO 2543/15

WYROK
z dnia 2 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2015 r. przez wykonawcę – **R. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU „INWOD” R. P., ul. Nowodworska 5, 21 – 100 Lubartów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Konstancin – Jeziorna, ul. Warszawska 32, 05 – 520 Konstancin – Jeziorna,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **R. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU „INWOD” R. P., ul. Nowodworska 5, 21 – 100 Lubartów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2543/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej w m. Czarnów gm. Konstancin-Jeziorna, Zadanie I”, prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Gminę Konstancin-Jeziorna. Wykonawca – R. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU „INWOD” R. P. z Lubartowa [Odwołujący] wniósł w tym postępowaniu odwołanie od niezgodnej – jego zdaniem - z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na: odrzuceniu oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzucił naruszenie w tym postępowaniu:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na błędne uznanie, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności przyjęcie, że w drodze złożonych przez Odwołującego w dniu 27 października 2015 r. wyjaśnień nie wykazał on, że zaoferowana przez niego cena nie ma takiego charakteru;
- 2) art. 90 ust. 1 Pzp z uwagi na żądanie przedstawienia przez Odwołującego w skierowanym do niego na podstawie tego przepisu wezwaniu kosztów, które nie są bezpośrednio związane z wykonaniem zamówienia, kosztów przekraczających zakres przewidywanego ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia, bądź też kilkukrotnego wliczenia w sporządzaną w odpowiedzi na wezwanie kalkulację tych samych kosztów w ramach różnych pozycji;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na brak dostatecznego uzasadnienia podstaw, dla których przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia uznał za niewiarygodne - potwierdzające, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 89 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na powołanie się w uzasadnieniu odrzucenia oferty na bliżej nieokreślone przez Zamawiającego „dotychczasowe relacje” z Odwołującym, które mają świadczyć o braku wiarygodności złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, w sytuacji, gdy Zamawiający nie uzasadnił swoich zarzutów z powołaniem się na konkretne - udzielone Odwołującemu a niewykonane bądź nienależycie wykonane zamówienia.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca wskazał również na interes we wniesieniu odwołania oraz

szkodę, jaką może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący zaoferował objęcie wykonanych przez siebie prac 72-miesięcznym terminem gwarancji oraz przedstawił najniższą spośród wszystkich ofert cenę wykonania zamówienia - 1.629.258 zł, co spowodowałoby uzyskanie przez Odwołującego najwyższej spośród wszystkich złożonych ofert punktacji. W uzasadnieniu zarzutów podał, że zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) podana w ofercie cena stanowi wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy, które musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz obejmować wszystkie koszty, jakie wykonawca poniesie z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia (XIX. Opis sposobu obliczenia ceny... str. 17). W SIWZ oraz w załączonym do niej wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 1) Zamawiający nie wymagał, aby składający ofertę wykonawcy dokonywali szczegółowej kalkulacji ceny. Przedmiotowy wzorzec zawierał w swej treści jedynie pola do wskazania (osobno) wartości robót: montażowych sieci kanalizacji sanitarnej, montażowych sieci wodociągowych; rozbiórkowych i odtworzeniowych nawierzchni drogowych. Zatem kalkulacja ceny oferty, w tym określenie kosztów jednostkowych związanych z realizacją poszczególnych elementów robót oraz koniecznością poniesienia kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, pozostawały w gestii wykonawców, a Zamawiający nie wymagał przedstawienia tej kalkulacji na etapie składania ofert. Pismem z dnia 26 października 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W treści wezwania Zamawiający przywołał treść przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, zastrzegając, że w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący powinien przedstawić szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny z uwzględnieniem wymienionych w wezwaniu składników cenotwórczych: kosztów zapewnienia pełnej obsługi geodezyjnej; kosztów sporządzenia dokumentacji powykonawczej; kosztów uczestnictwa w czynnościach odbioru; kosztów złożenia zawiadomienia o zakończeniu budowy; kosztów ryzyka finansowego związanego z możliwością uszkodzeń, zniszczeń lub zawaleń obiektu budowlanego, materiałów, urządzeń i wyposażenia oraz wszelkich innych szkód; kosztów realizacji dostaw urządzeń i materiałów; kosztów wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy; kosztów wykonywania robót w okresie gwarancyjnym; kosztów związanych z wykonaniem zastępczym; kosztów możliwych do zaistnienia kar umownych; kosztów uzyskania polisy ubezpieczeniowej; kosztów obsługi prawnej; W konsekwencji Zamawiający żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej w formie tabelarycznej, która - zgodnie z jego z jednoznacznym żądaniem - musiała obejmować przywołane wyżej koszty. Wykonawca stwierdził, że przedstawione wyliczenie stanowi skróconą formę wymienionych przez Zamawiającego elementów, których koszt Odwołujący obowiązany był przedstawić w odpowiedzi na wystosowane do niego wezwanie. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 26 października 2015 r. (w dokumentacji

postępowania - w dyspozycji Zamawiającego). W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 27 października 2015 r. przedstawił szczegółowe, poparte odpowiednimi dowodami wyjaśnienia odnoszące się do zaoferowanej przez niego ceny. Odwołujący wskazał także na szereg korzystnych uwarunkowań, w których znajduje się jego przedsiębiorstwo, związanych przede wszystkim z posiadaniem własnej bazy sprzętu oraz stacji paliw, korzystania z programów pomocowych udzielanych przez Urząd Pracy, uzyskaniem od swojego kontrahenta (Neptun Sp. z o. o.) korzystnej, złożonej na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego, oferty na dostawę materiałów budowlanych zgodnie z przedstawionym przedmiarem, SIWZ oraz projektem budowlanym oraz innych czynników, które decydują o pozycji Odwołującego na - w szczególności lokalnym - rynku zamówień publicznych. Wstępna część złożonych przez Odwołującego wyjaśnień obejmowała również przedstawienie kalkulacji miesięcznych, związanych z wykonaniem zamówienia kosztów zaangażowania pracowników oraz sprzętu. W zasadniczej części pisma Odwołujący, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, przedstawił w formie tabeli szczegółową kalkulację wymienionych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 26 października 2015 r. kosztów realizacji umowy. W zawartej w wyjaśnieniach kalkulacji Odwołujący odniósł się do każdego z wymienionych przez Zamawiającego czynników, który ma wpływ na koszty związane z realizacją zamówienia. W konsekwencji Odwołujący wskazał, że konieczne w jego przypadku do poniesienia koszty wynoszą 1.159.933,38 zł (słownie: jeden milion sto pięćdziesiąt dziewięć tysięcy dziewięćset trzydzieści trzy złote trzydzieści osiem groszy), zaś różnica między tą kwotą a ceną oferty (1.324.600 zł) stanowi zysk jego przedsiębiorstwa w kwocie 164.666,62 zł. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia zostały poparte załączonymi do pisma dowodami m.in. w postaci: oferty hurtowni Neptun Sp. z o. o. dnia 6 października 2015 r. na kompleksową dostawę materiałów budowlanych; umowy z dnia 2 listopada 2015 r. w przedmiocie najmu budynku mieszkalnego w miejscowości Turo wice 34 (Gmina Konstancin - Jeziorna) w celu zapewnienia zaplecza noclegowego ekipie budowlanej. Dowód: pismo Odwołującego z dnia 27 października 2015 r. (w dokumentacji postępowania - w dyspozycji Zamawiającego). W dniu 16 listopada 2015 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu jego oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zamawiający stwierdził, że w odpowiedzi na jego wezwanie Odwołujący rzeczywiście złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które jednak, jak stwierdził, nie rozwiąły jego wątpliwości: „Z treści przekazanej przez Wykonawcę odpowiedzi oraz z doświadczenia życiowego Zamawiającego zbudowanego na dotychczasowych relacjach i współpracy z wykonawcą PHU INWOD R. P. wynika, że przedłożone wyjaśnienia w żaden sposób nie rozwiewają wątpliwości, które zrodziły się u Zamawiającego.” Prócz ogólnikowego stwierdzenia odnoszącego się do bliżej

nieokreślonych „dotychczasowych relacji” z Odwołującym oraz „doświadczenia życiowego”, które nie zostało poparte żadnym konkretnym zarzutem świadczącym o tym, że istniejące po stronie Zamawiającego wątpliwości mają uzasadnione podstawy, Zamawiający w istocie nie wyjaśnił, dlaczego zaoferowaną przez Odwołującego cenę uznał za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał jednak, że w jego ocenie złożone przez Odwołującego wyjaśnienia mają charakter „standardowy”, w szczególności zaś nie zostały opracowane dla konkretnego przypadku. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 16 listopada 2015 r. (w dokumentacji postępowania - w dyspozycji Zamawiającego). Kwestionując dokonaną przez Zamawiającego ocenę wyjaśnień wykonawcy, a w konsekwencji podjętą czynność odrzucenia jego oferty, Odwołujący stwierdził w szczególności, że stosownie do treści art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zobowiązany jest 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 (art. 90 ust. 3 Pzp). Samodzielną, odnoszącą się do instytucji rażąco niskiej podstawę odrzucenia oferty stanowi art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze treść przepisu art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, który stanowi o ciężącym na wykonawcy ciężarze wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Odwołujący stwierdził, że pomimo, iż ciężar udowodnienia poprawności zaproponowanej ceny oferty spoczywa na wykonawcy, to jednak zamawiający powinien wskazać mu, w jakim kierunku wyjaśnienia te powinny być poprowadzone i na jakie okoliczności powinien on przedstawić dowody, czyli co w jego ofercie budzi wątpliwości zamawiającego, nie pozostawiając tego jedynie domysłem wykonawcy (zob. KIO 148/15). Wynika to z doniosłości skutku, który jest związany z uznaniem ceny oferty za rażąco niską - konieczności odrzucenia złożonej przez wykonawcę oferty. Z tego względu zamawiający powinien w sposób jednoznaczny określić, które z elementów kalkulacji ceny budzą jego wątpliwości, a także dążyć do ich wyjaśnienia. W interesie zamawiającego jest bowiem, aby jako niepodlegające odrzuceniu utrzymały się te spośród złożonych w postępowaniu ofert, które zawierają cenę niską, korzystną z perspektywy ilości wydatkowanych przez niego środków publicznych. Nie ma również przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wieloetapowo, aż do

uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (zob. KIO 1490/15; KIO 1577/15; KIO 1584/15). Odnosząc powyższe uwagi do niniejszej sprawy podkreślił, że w sformułowanym przez siebie wezwaniu, ani też w późniejszym uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie wskazał jakie zarzuty stawia dokonanej przez Odwołującego kalkulacji ceny oferty lub też, których z wymienionych w piśmie z dnia 26 października 2015 r. elementów Odwołujący nie przedstawił bądź przedstawił je nienależycie. Koniecznym jest jednak wskazać, że odpowiedzi na wystosowane do niego wezwanie Odwołujący w sposób kompleksowy odniósł się do wymienionych przez Zamawiającego w piśmie czynników - przedstawił uwzględniającą te czynniki kalkulację, zawarł stosowne uwagi natury ogólnej, a całość wyjaśnień poparł stosownymi dowodami. W tym miejscu należy zauważyć, że uznając złożone przez Odwołującego wyjaśnienia za niewystarczające (potwierdzające, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia) Zamawiający uznał za prawidłowe, rozwiewające jego wątpliwości, wyjaśnienia złożone przez wybranego przez siebie wykonawcę Przedsiębiorstwu Produkcyjno- Handlowe MELIOREX Sp. z o. o. (dalej jako „MELIOREX”), który zaoferował cenę 6,5 % wyższą od Odwołującego. Zamawiający udostępnił Odwołującemu treść złożonych przez MELIOREX wyjaśnień w dniu 20 listopada 2015 r. Wartość zawartej w nich treści nie odbiega na niekorzyść Odwołującego od tej, którą ten zawarł w swoich wyjaśnieniach. MELIOREX, podobnie jak Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawarł w nich uwagi natury ogólnej, odnoszące się do sytuacji jego przedsiębiorstwa, a także przedstawił, w formie tabeli, kalkulację zaoferowanej przez siebie ceny z uwzględnieniem czynników, na które Zamawiający wskazał w wezwaniu. Należy również wskazać, że wartość załączonych przez MELIOREX do wyjaśnień dowodów jest niewątpliwie niższa od tych, które przedstawił Odwołujący. Mają one wyłącznie charakter jednostronnych, pochodzących od zainteresowanego zamówieniem wykonawcy oświadczeń, podczas gdy Odwołujący posługuje się przede wszystkim dokumentami pochodzącymi od podmiotów trzecich, bądź też swoimi oświadczeniami, które nie zostały (jak w przypadku MELIOREX) sformułowane wyłącznie na potrzeby postępowania wyjaśniającego. Z tego względu należy uznać, że konfrontacja złożonych przez Odwołującego i MELIOREX wyjaśnień prowadzi do wniosku, że to informacje złożone przez MELIOREX pozostawiają więcej wątpliwości co do rzetelności i wiarygodności przedstawionych wyliczeń i danych. Dowód: pismo MELIOREX z dnia 28 października 2015 r. (w dokumentacji postępowania - w dyspozycji Zamawiającego). Zdaniem Odwołującego, „Szczególnie istotnym w niniejszej sprawie jest również fakt, że treść uzasadnienia czynności odrzucenia oferty niewątpliwie wskazuje na fakt, iż odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający nie kierował się wartością merytoryczną udzielonych przez niego wyjaśnień, a innymi przesłankami, których ostatecznie w sposób precyzyjny nie określił. Zawarte w uzasadnieniu sformułowanie o

dotychczasowych relacjach z Odwołującym może sugerować, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego nie z powodu wątpliwości związanych z wysokością ceny złożonej przez niego oferty, ale z powodów niewskazanych w ustawie Pzp, które jednak najbliżej można zakwalifikować jako mieszczące się w dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2a Pzp, - stosownie do jego treści zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Niezależnie od faktu, że Odwołujący zaprzecza, iż sposób wykonania któregoś z wykonanych przez niego w okresie ostatnich 3 lat zamówień stanowiłby podstawę do zastosowania wobec jego osoby treści tego przepisu (wykluczenia z postępowania) to podkreślić trzeba, iż Zamawiający nie powołał w SIWZ odpowiedniego zastrzeżenia, które mogłoby skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie przesłanek związanych z dotychczasową realizacją zamówień przez Odwołującego. Warto również podkreślić, że Zamawiający uznał posiadane przez Odwołującego wiedzę i doświadczenie za wystarczające do realizacji zamówienia. Odnosząc się do zarzutu, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie zostały opracowane na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego, stwierdził, że zarzut ten nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania. Odwołujący nie tylko odniósł się do każdego z wymienionych przez Zamawiającego czynników (zawartych w zacytowanym przez niego art. 90 ust. 1 Pzp, (jak i dalej wymienionych), ale i przedstawił dowody, które niewątpliwie świadczą o fakcie, że dokonane przez Odwołującego wyliczenia mają charakter konkretny, odnoszący się do tego postępowania (oferta na dostawę materiałów budowlanych, umowa najmu). Warto również wskazać, że w ocenie Odwołującego wskazane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień elementy kalkulacji ceny wykraczają poza składniki ceny, które składający ofertę wykonawcy zobligowani byli wliczyć w wysokość ceny. Mowa w tym przypadku przede wszystkim o konieczności wliczenia wysokości potencjalnych kar umownych, kosztów wykonania zastępczego, które w ocenie Odwołującego zawierają się w kosztach związanych z ubezpieczeniem działalności wykonawców. Mając na uwadze powyższe stwierdził, że w niniejszym przypadku Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie został jednocześnie poinformowany przez Zamawiającego o utrzymujących się w stosunku do jego oferty wątpliwościach, przy czym nie zostały one również wskazane w uzasadnieniu czynności odrzucenia. Z tego względu o

odrzuconiu oferty Odwołującego nie zdecydowały, jak twierdzi Zamawiający, okoliczności związane z wysokością jego ceny, ale czynniki poza merytoryczne (niewskazane w zamkniętym katalogu zawartym w art. 89 ust. 1 Pzp), które nie zostały jednak ujawnione Odwołującemu. Dalej podał, że „Rozbudowaną argumentację prawną, w obrębie podniesionych niniejszym zarzutów oraz zawartego powyżej uzasadnienia faktycznego i prawnego, Odwołujący przedstawi w toku postępowania odwoławczego”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, podnosząc w szczególności, że korzystając z dyspozycji przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dwukrotnie: pismem z dnia 26.10. 2015 r. oraz pismem z dnia 02. 11. 2015 r. Odwołujący w zakreślonym terminie przedstawił wyjaśnienia, które w sposób wystarczający nie udowodniły, że zaoferowana cena nie posiada znamion rażąco niskiej ceny, a wręcz utwierdziły Zamawiającego w tezie przeciwnej. Powołując się na orzecznictwo podniósł m.in., że oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Tę zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości. Wskazał także, że dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy, zamawiający kieruje się czynnikami obiektywnymi, które mogą mieć wpływ na wysokość zaproponowanej przez danego wykonawcę ceny" oraz, że „pojęcie rażąco niskiej ceny nie ma ostrych granic i wymaga skonkretyzowania na tle rozpoznawanej sprawy". Ponadto w procedurze ustalania, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, „istotne znaczenie mają relacje ocenianych obiektywnie kosztów do zaoferowanej ceny - nie zaś hipotetyczne założenia tego wykonawcy oderwane od samego przedmiotu świadczenia. Nie sposób również założyć, że w ramach wyjaśnień rolą podmiotu zamawiającego jest samodzielne doszukiwanie się okoliczności mających wykazać, iż zaoferowane przez Wykonawcę wynagrodzenie nie nosi znamion ceny rażąco niskiej." Ponadto procedura wyjaśniania, czy cena jest rażąco niska ma zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości, a ponadto gwarantuje ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji, mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny. Celem Zamawiającego było zatem przestrzeganie podstawowych zasad wynikających z ustawy Pzp w zakresie przeprowadzania zamówień publicznych oraz, że dochował należytej staranności przy weryfikacji złożonych ofert, by wybrać wykonawcę, który z całą pewnością zrealizuje

zamówienie w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Powyższe ma związek zarówno z wykonaniem zamówienia publicznego zgodnie z założeniami Zamawiającego, jak i z wykorzystaniem pieniędzy publicznych w sposób prawidłowy. Co więcej, istotnym dla Zmawiającego było wybranie wykonawcy, który wykona to zamówienie, jak i dochowanie zasad w zakresie konkurencyjności. Zamawiający stwierdził, że dopełnił wszelkich obowiązków i formalności w związku z rzetelną oceną ofert złożonych przez wszystkich wykonawców. Ponadto wykonawca wezwany do złożenia, wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany był do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. (...) Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości Zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty." Podkreślił, że „wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalają Zamawiającemu na dokonanie ich oceny, gdy zaś są na tyle skąpe, iż dokonanie rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie jest możliwe, dają podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Wiedza, doświadczenie i zdrowy rozsądek Zamawiającego stanowią podstawę weryfikacji tychże wyjaśnień. Jeśli więc wykonawca wskazuje na elementy cenotwórcze, określa ich koszt i podaje źródło tego kosztu, to tak wyspecyfikowane elementy można i należy ocenić w oparciu o następujące przesłanki - czy są to elementy w sposób istotny wpływające na cenę oferty oraz czy ich wycena jest realna, znajduje oparcie w warunkach rynkowych." Potwierdzeniem poprawności działań Zamawiającego było zwrócenie się do wykonawcy dwukrotnie w zakresie złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający brał bowiem pod uwagę ofertę Odwołującego, jako potencjalnie najkorzystniejszą do momentu ugruntowania przekonania, że ma do czynienia z rażąco niską ceną i w konsekwencji podjęcia decyzji o jej odrzuceniu. Nie można zatem zarzucić Zamawiającemu, że nie dopełnił formalności wynikających z ustawy Pzp w zakresie poprawnego wyboru oferty w niniejszym postępowaniu. Nadto, zarówno pierwsze, jak i drugie pismo wzywające do wyjaśnień zawierały wytyczne i pomocnicze pytania, czego zamierzonym efektem miało być przedstawienie przez Odwołującego właściwych, zgodnych z praktyką przedmiotu, w tym płynącej z dorobku orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jak choćby powyżej cytowanymi wyrokami, wyjaśnień w zakresie ceny. Równocześnie, zauważył, że „Zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Punktem odniesienia dla Zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu". Niewątpliwie, Zamawiający wypełnił

wszystkie przesłanki w zakresie oceny złożonych ofert, w tym przede wszystkim wyczerpująco procedurę w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Reasumując stwierdził, że (...) Analiza głównych elementów rozliczeniowych złożonego w ramach wyjaśnień z dnia 27 października 2015 r. zestawienia cenowego wskazuje, że zasadnicze znaczenie dla ceny oferty ma wysokość cen z poszczególnych pozycji tabeli. A zatem, podane przez wykonawcę ceny jednostkowe stanowiąc będą o rażąco niskiej cenie wartości łącznej cen za przedmiot całego zamówienia”. Ponadto, jego zdaniem „Zamawiający ma prawo i obowiązek dokonywać oceny prawidłowości kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, i tym samym ma prawo oczekiwać wyjaśnień w tym zakresie od wykonawcy. (...) Zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawcy wyjaśnienia ceny kalkulacji wykonania poszczególnej usługi, w szczególności w sytuacji, gdy cena ta jest kilkakrotnie niższa od ustalonych przez Zamawiającego średnich cen rynkowych. (...) To poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesądzając tym samym o jej wysokości. Zarzut rażąco niskiej ceny należy odnosić tylko do ceny całkowitej, jednak analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace, bowiem każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie”.

W konkluzji stwierdził, że opierając się na treści i zakresie złożonych wyjaśnień wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach w sposób wyczerpujący i szczegółowy wymaganych przez Zamawiającego informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów kalkulacyjnych mających wpływ na wartość zaproponowanej przez niego ceny, w szczególności w odniesieniu do cenotwórczych elementów zamówienia, w tym ewentualnie innych niż te których konkretnie wykazania domagał się Zamawiający. Podkreślił, że Odwołujący podał, co prawda, koszty poszczególnych czynników cenotwórczych oraz przyjęte założenia dla pozycji, które Zamawiającemu wydawały się zaniżone, jednakże Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego za nierzetelne i odbiegające od racjonalnych stawek kształtujących ogólną wycenę oferty. Przede wszystkim, poszczególne cenotwórcze elementy wskazane przez Odwołującego, nie są wystarczająco przekonujące, aby uznać sporną ofertę za gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Stwierdził także, że żaden z podniesionych przez Odwołującego zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp w toku czynności wykonywanych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, których wartość określona została na kwotę 4.044.882,18 zł, w tym zamówienie podstawowe: 2.696.588,12 zł oraz zamówienie uzupełniające: 1.348.294,06 zł, a zatem kwota zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp. To oznacza, że do wniesionego odwołania ma zastosowanie przepis art. 180 ust.2 ustawy Pzp i w tej konkretnej sprawie przedmiotem rozpoznania przez Izbę może być wyłącznie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust.3 ustawy Pzp, wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Rozpoznając wskazany powyżej zarzut - naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust.3 ustawy Pzp - Izba ustaliła, że Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 16 listopada br w jego wstępie podał, że odrzucił ofertę wykonawcy, albowiem (...) dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu prawnym wskazał na art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 ustawy Pzp, a w części oznaczonej jako uzasadnienie faktyczne w szczególności stwierdził, że przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie odpowiadają (...) na powzięte przez niego wątpliwości". Dalej podał, że wykonawca nie wyjaśnił w sposób rzeczowy, nie udowodnił, a zatem nie usunął wątpliwości, że zaoferowana cena jest rażąco niska. W odpowiedzi na odwołanie dodatkowo m.in. podniósł, że wykonawca (...) nie przedstawił w sposób wyczerpujący i szczegółowy wymaganych przez Zamawiającego informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów kalkulacyjnych, mających wpływ na wartość zaproponowanej oferty, w szczególności w odniesieniu do cenotwórczych elementów zamówienia, w tym ewentualnie innych niż te których konkretnie wykazania domagał się Zamawiający". W toku rozprawy wskazał na uzasadnione – jego zdaniem – wątpliwości do kosztów w kwocie 10.000 zł związanych z zajęciem pasa drogowego – według pozycji 16 w tabeli wyjaśnień z dnia 27.10.2015 r. Na tę okoliczność powołał m.in. uchwałę gminy Konstancin – Jeziorna z dnia 22.11. 2012 r. w sprawie ustalenia wysokości stawek opłat za zajęcie pasa drogowego dróg gminnych. Wskazał także na pozycję 6 tabeli, dotyczącą kosztów organizacji i realizacji na własny koszt dostaw urządzeń i materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy, składowania ich zgodnie ze sztuką budowlaną i wymogami wynikającymi z przepisów dotyczących bhp i ochrony ppoż. – koszty dostaw urządzeń i materiałów wykonawcy do miejsca wykonywania robót w ramach umowy, dla której to pozycji podano kwotę 9.000 zł, wskazując tylko na koszty wynajmu posesji zgodnie z umową najmu. Zamawiający wskazał także na przedstawione w kalkulacji ceny netto m.in. w odniesieniu do wynagrodzeń pracowniczych, co przyznał Odwołujący w piśmie z dnia 3.11. 2015 r., stanowiącym odpowiedź na kolejne wezwanie z dnia 2.11.2015 r.

Nie uwzględniając zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp, Izba w pierwszej kolejności miała na uwadze, że zgodnie przepisem art. 190 ust.1a Pzp „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania odwoławczego (...). W niniejszej sprawie wnoszący odwołanie wykonawca – wbrew wskazanej regulacji - nie przedstawił w toku rozprawy dowodów, że oferowana cena brutto 1.629.258,00zł nie jest ceną rażąco niską. Przede wszystkim twierdzenia, co do ponoszenia kosztów związanym z dostawą materiałów oraz zajęciem pasa drogowego przez dostawcę materiałów w ramach ceny brutto 463.130 zł – w sytuacji, gdy według szacunków Zamawiającego koszt materiałów przewyższa kwotę 1.150. tys. zł - nie zostało poparte żadnym dowodem. Także żadnym dowodem nie poparto realności kosztu z pozycji 6. W tym przypadku koszty w kwocie 9.000 zł odniesiono wyłącznie do czynszu najmu, w sytuacji chociażby, gdy termin realizacji inwestycji planowany jest na 11 miesięcy, a miesięczny czynsz wynosi 1000 zł według umowy zawartej od dnia 2.11.2015 r. Ponadto umowa zastrzega dodatkową opłatę w wysokości jednomiesięcznej kaucji. Izba stwierdza także, że koszty zostały wyrażone w cenach netto podczas, gdy wezwanie z dnia 26.10.15 w części dotyczącej obligatoryjnych składników cenowych, nie zezwalało na taką prezentację kosztów. Izba stwierdza także, że wezwanie z dnia 26.10.2015 r. dotyczyło – wbrew twierdzeniom Odwołującego – także innych elementów cenotwórczych. Izba przede wszystkim zwraca uwagę na stronę 4 wezwania, pod lit. l) akapit 1 zdanie drugie i trzecie”, gdzie podano, że „Ponadto wykonawca zobowiązany jest do wskazania w kalkulacji wszystkich elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny z podaniem ich konkretnych wartości. Wykonawca w kalkulacji nie może posłużyć się ogólną kategorią „inne koszty” tzn. każdy element cenotwórczy musi być odrębnie wskazany”. Odwołujący takich konkretnych wartości dla elementów cenotwórczych, na które powołał się w wyjaśnieniach na stronie 1 i 2 w punkcie 1 do 7 nie wskazał. Podał bowiem tylko ogólnikowo, że kalkulacja elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny za realizację przedmiotu zamówienia wynika, z metod organizacji pracy przy budowach sieci wodociągowych i kanalizacyjnych wypracowanych w czasie 35 letniej działalności, z posiadania specjalistycznego sprzętu, oraz kadry pracowniczej z długoletnim doświadczeniem w tego typu pracach, co pozwala wykonywać równolegle wiele etapów prac. Wskazał także ogólnikowo na rabaty, upusty cenowe i korzystne warunki płatności, oraz posiadanie własnej bazy sprzętowej i dwóch stacji paliw, dla których sprowadzając paliwa bezpośrednio z Rafinerii Gdańskiej m.in. nie ponosi kosztów marży handlowej. Wskazał ponadto, także ogólnie, na programy pomocowe udzielane przez Urząd Pracy, dzięki którym Urząd refunduje wynagrodzenia oraz ZUS i podatek w całości lub znacznej części. W ostatnim punkcie tych wyjaśnień z kolei – punkt 7 - podał, że oferta (...) opracowana na podstawie ofert cenowych na materiały przedstawione przez hurtownie i

producentów z którymi współpracujemy od dawna i, które gwarantują nam stałe ceny oraz transport materiałów na wskazaną budowę)”. W tych wyjaśnieniach [na str 2 akapit 3] ponownie wskazując an kadre, oraz na sprzęt podkreślił ogólnie posiadanie własnego urządzenia do przewiertów sterowanych, pozwalające na zmniejszenie kosztów i skrócenie czasu wykonania robót. Izba zauważa, że wobec treści punktu 7 należy sądzić, że przedłożona do tych wyjaśnień oferta z hurtowni Neptun stanowi tylko jedną z ofert. Z kolei wykaz stażystów nie ma związku z realizowanym zamówieniem, albowiem wykonawca powołuje się na wysoko wykwalifikowaną, dobrze opłacaną kadre. Wykaz ten dotyczy natomiast stażystów, z wyjątkiem dwóch, niezwiązanych z branżą budowlaną [m.in. pokojowa, kelner, sprzedawca, czy pomoc kuchenna]. W tym przypadku wykonawca nie wykazał, w jaki sposób programy pomocowe udzielane przez Urząd Pracy wpływają na obniżenie kosztów zatrudnienia pracowników, którzy będą skierowani do realizacji tego zamówienia. Także załączona lista pracowników fizycznych za wrzesień 2015 – nie potwierdza zaangażowania 8 wykwalifikowanych pracowników dla tego zamówienia z płacą miesięczną po 1600 zł i kierownika robót z płacą miesięczną w kwocie 3.000 zł. Załączona lista płac 17 pracowników, na której zaznaczono, że są to pracownicy fizyczni pokazuje tylko, że w miesiącu wrześniu 2015 r. osiągnęli oni wynagrodzenie [do wypłaty] w kwotach podanych ca” zł: od 1516 – 1572 - 1587 – 1621 do 1815 i 1818. Reasumując Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy, zamawiający kieruje się czynnikami obiektywnymi, które mogą mieć wpływ na wysokość zaproponowanej przez danego wykonawcę ceny oraz, że w procedurze ustalania, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, istotne znaczenie mają relacje ocenianych obiektywnie kosztów do zaoferowanej ceny - nie zaś hipotetyczne założenia tego wykonawcy, w części oderwane od przedmiotu świadczenia. Także nie jest rolą zamawiającego w ramach procedury wyjaśnień samodzielne doszukiwanie się okoliczności, mających dowodzić, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zatem to wykonawca, wskazując na elementy cenotwórcze, obowiązany jest określić ich koszt oraz podać źródło tego kosztu i tak wyspecyfikowane elementy, łącznie z żądanymi przez zamawiającego, należy ocenić, czy są to elementy w sposób istotny wpływające na cenę oferty oraz, czy ich wycena jest realna, znajduje oparcie w warunkach rynkowych, gwarantując wykonanie zamówienie bez uszczerbku dla jego jakości.

W konkluzji Izba stwierdza, że w wyjaśnieniach wykonawca w istocie ogólnikowo odwołał się do sprzyjających czynników, nie wykazując, jak wskazywane czynniki obniżyły w istocie cenę jego oferty, co w konsekwencji uprawniało Zamawiającego do zastosowania art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust.3 tej ustawy, jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....