

WYROK
z dnia 10 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 lutego 2014 r. i 10 lutego 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2014 r. przez wykonawcę: **Hydro - Tech Instal Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 17a, 05-250 Radzymin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o., ul. Syrokomli 6, 03-335 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **P.P.H.U. N..... J....., N..... A..... s.c., ul. Czarnieckiego 34, 05-120 Legionowo** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Hydro - Tech Instal Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 17a, 05-250 Radzymin, i :**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Hydro - Tech Instal Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 17a, 05-250 Radzymin** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Przebudowa pawilonów wczasowych nr 2 Sieja, nr 3 Sandacz, nr 4 Szczupak” w oddziale DW WAM WDW w Ryni”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 poz. 496834 w dniu 3 grudnia 2013 r.

W dniu 22 stycznia 2014 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty złożonej przez PPHU N..... J....., N..... A..... s.c. jako najkorzystniejszej. Z treści ww. zawiadomienia wynika również, że oferta wykonawcy Hydro - Tech Instal Sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. Z art. 90 ust. 3 Pzp. Podstawą odrzucenia ww. oferty było uznanie przez zamawiającego, iż przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W uzasadnieniu decyzji wskazano, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2013 r., uzyskana odpowiedź zawierała stwierdzenia bardzo ogólne, nie zawierała dowodów i nie wyjaśniała, jakie czynniki pozwoliły na obniżenie ceny.

Wykonawca Hydro - Tech Instal Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec powyższych czynności. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień bez zaistnienia podstaw do uznania oferowanej ceny za cenę mogącą mieć znamiona ceny rażąco niskiej oraz bez dokładnego wskazania elementów co do których zamawiający oczekiwał wyjaśnień;
2. art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie oceny złożonych wyjaśnień w oderwaniu od treści wezwania, okoliczności sprawy i złożonej przez odwołującego oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, przy braku przesłanek do dokonania tej czynności;
4. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania bez zachowania zasady równego traktowania wszystkich wykonawców;
5. art. 31 ust. 1 Pzp, poprzez niezachowanie należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówienia, nie uwzględnienie prac wykonanych na dzień ogłoszenia przetargu;
6. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez PPHU N..... J....., N..... A..... s.c.;

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. powtórzenia badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego;
4. powtórzenia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
5. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego;
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych oraz przedłożonych rachunków.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował tryb przewidziany w art. 90 ust. 1 Pzp. Zdaniem odwołującego, nie zaistniały przesłanki do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy cena zaoferowana przez odwołującego nie jest ceną rażąco niską. W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie sposób jest znaleźć jakiegokolwiek argumenty uzasadniające skierowanie do odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Cena zaoferowana przez odwołującego za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 1 494 450,00 zł brutto nie jest znacząco niższa w stosunku do oferty wybranej jako najkorzystniejsza złożonej przez PPHU N..... J....., N..... A..... s.c. - 1 688 396,57 zł brutto, czy kolejnych ofert złożonych przez PPHU Arcus Usługi Ogólnobudowlane A..... M..... - 1 834 840,42 zł brutto, czy Projekt - BUD Sp. Z o.o. - 1 831 216,02 zł brutto. Podobnie, porównanie oferowanej ceny z wartością szacunkową zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Ponadto, zdaniem odwołującego doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 31 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający w trakcie szacowania wartości zamówienia nie dołożył należytej staranności, bowiem nie uwzględnił robót już wykonanych (wskazanych w specyfikacji jako wykonane) oraz nie pomniejszył ich wartości, co
wynikło
w trakcie wizji lokalnej odwołującego w dniu 12 grudnia 2013 r.

Oferta odwołującego zawiera wszystkie wymagane kalkulacje, stworzone w sposób przejrzysty i zrozumiały, nie mogła być podstawą do pojętych przez zamawiającego działań. Ponadto, czynność wezwania do złożenia wyjaśnień nie może być uznana za wykonaną prawidłowo. Zamawiający pismem z 20 grudnia 2013 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, wyznaczając termin oraz wskazując, iż odwołujący musi wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że prezentowane informacje muszą określać sposób i metodologię kalkulacji ceny.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z 23 grudnia 2013 r. Wyjaśnił, że dokonując wyceny uwzględnił wszystkie elementy zawarte w dokumentacji projektowej; ofertę

sporządził w oparciu o dokumentację projektową oraz przeprowadzoną wizję lokalną; posiada wyszkoloną kadrę kierowniczą, dysponuje własnym sprzętem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia (co obniża koszt o około 20%); jego zaplecze warsztatowe zlokalizowane jest blisko miejsca realizacji zamówienia (około 10 km), co pozwala na dokonanie kolejnych istotnych oszczędności (w zakresie kosztów transportu materiałów, pracowników); z uwagi na wieloletnią współpracę posiada upusty cenowe w wysokości do 60% u dostawców materiałów i towarów; kalkulację sporządził z uwzględnieniem 2% zysku, według aktualnych cen Sekocenbudu. Zdaniem odwołującego udzielona odpowiedź jest prawidłowa, zgodna z art 90 Pzp i adekwatna do treści wezwania. Powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1498/13) oraz wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10. Podniósł, że brak w wezwaniu szczegółowych pytań, wskazania które elementy oferty budzą wątpliwości, uzasadnia sformułowanie odpowiedzi w sposób, w jaki dokonał tego odwołujący. Zdaniem odwołującego, szczegółowość udzielonej odpowiedzi koresponduje ze szczegółowością pytań zamawiającego. W przypadku braku prawidłowego wezwania wykonawcy w trybie art. 90 nie może nastąpić odrzucenie oferty z powodu braku złożenia odpowiednich wyjaśnień. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt. C-599/10) w sprawie wniosku o interpretację art. 2 (zasada równości), art. 51 (wezwanie do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów) i art. 55 (wyjaśnienie rażąco niskiej ceny) dyrektywy 2004/18/WE.

Zamawiający powinien dążyć do jak najbardziej przejrzystego prowadzenia postępowania, którego celem jest udzielenie zamówienia publicznego. W sprawie niniejszej, odwołujący, poprzez sposób działania zamawiającego pozbawiony został de facto możliwości obrony swoich praw i skutecznego kwestionowania podjętych przez zamawiającego decyzji, z uwagi na nieujawnienie przez zamawiającego motywów, jakimi kierował się w trakcie podejmowania decyzji.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał oceny oferty wraz z wyjaśnieniami pochopnie, bez dokonania wymaganej analizy, nie uwzględniając elementów, do których wzięcia pod uwagę był zobligowany, w całkowitym oderwaniu od treści wezwania i okoliczności sprawy, w tym przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że w sytuacji gdy wyjaśnienia nie są wystarczające, posiada on możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 lipca 2007 r., sygnatura akt V Ca 2214/06). W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (V Ga 122/10). Stanowisko to znajduje oparcie w opinii prawnej Informatora Urzędu Zamówień Publicznych - numer 11 za 2013 r.

Dodatkowo zamawiający uzależnił ocenę wyjaśnień odwołującego od dowodów, które miał on zdaniem zamawiającego złożyć. Ustawodawca nie zobowiązał jednak wykonawców do przedstawiania dowodów na swoje twierdzenia, a dopuścił jedynie możliwość poparcia twierdzeń dowodami. Określona w art. 90 procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu, dlatego też oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę do oceny dokonywanej przez zamawiającego. Odwołujący oświadczył, że w przedstawionej cenie ujął wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia i za podaną cenę je zrealizuje. Odwołujący, biorąc udział w postępowaniu miał prawo oczekiwać, że złożona przez niego oferta a także ww. oświadczenie zostanie ocenione na podstawie przepisów ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności art. 7 ust. 1. W niniejszej sprawie zamawiający dokonał arbitralnej oceny oferty odwołującego, oczekiwał rozwiania rzekomych wątpliwości bez informowania o tym odwołującego, pozbawił go tym samym możliwości wykazania, że kalkulacja dokonana przez niego jest rzetelna, odpowiada warunkom rynkowym i będzie w sposób prawidłowy i kompletny zrealizowana. W konsekwencji doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca, którego oferta została wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza - P.P.H.U. N..... J....., N..... A..... s.c. - zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że w sprawie nie znajdują a zastosowania przepisy ustawy Pzp, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Zamawiający podniósł, że nie spełnia on wszystkich przesłanek uznania za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy 2004/18, a tym samym nie powinien być uznany za podmiot zobowiązany do stosowania reżimu zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Pomimo utworzenia Spółki Domy Wczasowe WAM sp. z o.o. w celu świadczenia usług wypoczynkowych na rzecz środowiska wojskowego, nie budzi wątpliwości, że potrzeby te mają charakter handlowy. Zamawiający wykonuje usługi na zasadach komercyjnych i kieruje się w swojej działalności wyłącznie rachunkiem ekonomicznym. Także usługi na rzecz środowiska wojskowego są świadczone odpłatnie. Tym samym nie można uznać, że zamawiający jest podmiotem utworzonym w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym (ogólnym) niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Nie ma jednocześnie podstaw do przyjęcia, że Spółka w ramach swojej działalności mogłaby kierować się względami pozagospodarczymi. Tym

samym niecelowe byłoby stosowanie reżimu zamówień publicznych w stosunku do kontraktów zawieranych przez zamawiającego z podmiotami trzecimi.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 20 grudnia 2013 r. zwrócił się do odwołującego w rybie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający pouczył wykonawcę, że z chwilą tego wezwania na wykonawcy spoczywa ciężar dowodzenia i wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca powinien przedstawić informacje, które uważa za istotne z punktu widzenia sposobu i metodologii kalkulacji ceny oferty oraz które powinny umożliwić wykazanie, że zaoferowana cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie podniósł żadnego z czynników, o których mowa w art. 90 Pzp. Złożone wyjaśnienia i deklaracje nie zostały poparte żadnymi dowodami. Powyższe było podstawą odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. Z art. 90 ust. 3 Pzp. Z uwagi na ogólny i niekonkretny charakter wyjaśnień złożonych przez odwołującego zamawiający nie miał możliwości ustalenia, czy oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostało skierowane do pięciu wykonawców, którzy zaoferowali cenę poniżej 2 mln zł. Dwie oferty zostały odrzucone z powodu zbyt ogólnikowych wyjaśnień. Powyższe potwierdza brak naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał również, że oszacował wartość zamówienia zgodnie z art. 33 ust. 1 Pzp, uwzględniając roboty wykonane w 2010 r. i poniesione w związku z tym nakłady finansowe. Zdaniem zamawiającego, odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 91 ust 1 Pzp w oparciu o jedynie subiektywne przekonanie dotyczące sytuacji odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy P.P.H.U. N..... J....., N..... A..... s.c. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, w tym na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp. Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do uznania, że zamawiający jest podmiotem zobowiązanym do stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako osoba prawna utworzona w celu publicznym, tj. prowadzenia działalności o charakterze powszechnym, nie mającej charakteru przemysłowego ani handlowego. Wskazać należy, że dla uznania określonej instytucji za zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp - „podmiot prawa publicznego” konieczne jest ustalenie, iż została ona utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, posiada osobowość prawną oraz spełnia jedną z przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a-d.

Spółka Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. została utworzona w celu realizacji zadań wykonywanych przez jednostkę organizacyjną Wojskowej Agencji Mieszkaniowej „Ośrodek Szkoleniowo – Wypoczynkowy Wojskowej Agencji Mieszkaniowej”. Przejęła ona zadania wykonywane przez jednostkę organizacyjną Wojskowej Agencji Mieszkaniowej, tj. m.in. świadczenie usług wypoczynkowych na rzecz środowiska wojskowego, co wskazuje, że jest to podmiot utworzony w celu publicznym, który zarządza powierzonym mu mieniem Skarbu Państwa – WAM w postaci 21 Wojskowych Zespołów Wypoczynkowych. Szczegółowe zasady funkcjonowania i prowadzenia działalności przez spółkę Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. zostały określone w akcie założycielskim spółki z dnia 30 czerwca 2011 r., Rep. A Nr 2500/2011. Wszystkie udziały w kapitale zakładowym spółki zostały objęte w imieniu Skarbu Państwa przez Prezesa WAM, reprezentowanego przez Zastępcę Prezesa WAM.

Zgodnie z orzecznictwem TSUE w zakresie wykładni pojęcia podmiotu prawa publicznego, która to instytucja została transponowana z prawodawstwa unijnego (dyrektywa sektorowa 2004/17/WE oraz dyrektywa klasyczna 2004/18/WE) do prawa polskiego w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, pojęcie to powinno być interpretowane szeroko i funkcjonalnie. W wyroku z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG i inni v. Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECR 1998, nr 1, s. I-00073, TSUE zadecydował, że o uznaniu danego podmiotu za zamawiającego przesądza powiązanie powierzonych mu zadań z działalnością państwa. W orzecznictwie wskazano także, że podmiot faktycznie zaspokajający potrzeby o charakterze powszechnym, bez względu na określenie celu działalności w momencie jego utworzenia, będzie instytucją prawa publicznego, a zatem nawet jeśli nie był utworzony w tym celu, a zadania takie przypisano mu później (zob. C-373/00). Trybunał Sprawiedliwości UE wskazał także, że nie ma znaczenia, czy jedynym celem prowadzenia działalności przez podmiot jest zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, czy też towarzyszy mu prowadzenie działalności o charakterze komercyjnym. Status podmiotu prawa publicznego nie zależy bowiem od wielkości udziału usług niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

W świetle powyższego, w ocenie Izby, istnieją podstawy do przyjęcia, że spółka Domy Wczasowe WAM Sp. z o.o. jest podmiotem prawa publicznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, pomimo, że jak wskazywał zamawiający, działalność realizowana na rzecz środowiska wojskowego stanowi jedynie mniejszą część działalności Spółki, która jest prowadzona na zasadach komercyjnych i w oparciu o rachunek ekonomiczny.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, odwołanie zostało rozpoznane w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), zamawiający przewidział ryczałtowy charakter wynagrodzenia (§ 4 ust. 1 wzoru umowy) za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wymagał złożenia w ofercie kosztorysów ofertowych. Były one natomiast wymagane na etapie podpisania umowy od wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie z postanowieniami pkt XIV ust. 2 i 3 SIWZ, wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jest zobowiązany złożyć m.in. kosztorysy ofertowe na co najmniej 2 dni przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 14 ofert. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę 3 187 918,33 zł. Wartość zamówienia została oszacowana na podstawie kosztorysu inwestorskiego, opracowanego w październiku 2013 r.

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 1 494 450,00 zł. Oprócz odwołującego jeszcze czterech wykonawców zaoferowało ceny poniżej 2 000 000,00 zł. Cena przedstawiona w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza, złożonej przez PPHU N..... J....., N..... A..... s.c. wynosi 1 688 396,57 zł. W kolejnych ofertach złożonych przez: PPHU Arcus Usługi Ogólnobudowlane A..... M..... (oferta odrzucona) i Projekt - BUD Sp. z o.o. – cena wynosi odpowiednio: 1 834 840,42 zł oraz 1 831 216,02 zł,

W dniu 20 grudnia 2013 r. zamawiający wezwał w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pięciu wykonawców (w tym odwołującego), którzy zaoferowali cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w kwocie niższej niż 2 mln. zł, do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wystosował do wykonawców wezwania o identycznej treści, wskazując, że od chwili wezwania na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia i wykazania, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny oraz że w ramach wyjaśnień wykonawca winien przedstawić informacje, które uważa za istotne w świetle wymagań zamawiającego wskazanych w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, które muszą określać sposób i metodologię kalkulacji ceny oferty oraz umożliwić wykazanie, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 23 grudnia 2013 r. Poinformował

zamawiającego, iż do wyceny oferty zostały uwzględnione wszystkie elementy zawarte w dokumentacji projektowej, dotyczącej przedmiotu zamówienia, oferta została sporządzona w oparciu o dokumentację projektową, SIWZ oraz wizję lokalną, wykonawca posiada duże doświadczenie oraz wykwalifikowaną kadrę kierowniczą, dysponuje własnym sprzętem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia, co obniża koszty realizacji o 20%, zaplecze warsztatowe w bliskiej odległości od miejsca realizacji zamówienia (ok. 10 km), co obniża koszty dowozu pracowników i materiałów, wykonawca korzysta z upustów cenowych do 60% na materiały, kalkulacja została sporządzona w oparciu o aktualne ceny Sekocenbudu, do których zastosowano zysk w wysokości 2%. Odwołujący nie załączył do ww. wyjaśnień żadnych dokumentów potwierdzających oświadczenia zawarte w treści ww. pisma. Wyjaśnienia o podobnym charakterze złożył także wykonawca PPHU Arcus Usługi Ogólnobudowlane A..... M..... (oferta odrzucona). Trzej pozostali wykonawcy, do których zamawiający skierował wezwania, przedstawili w ramach wyjaśnień kosztorysy ofertowe, opracowane w oparciu o dokumentację projektową, załączoną do SIWZ.

W ustalonym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Aby zaistniała przesłanka do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp, muszą zaistnieć okoliczności uzasadniające wątpliwości zamawiającego co do rzetelnego skalkulowania ceny oferty. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że uzasadnione wątpliwości występują m.in. wówczas, gdy cena oferty odbiega w sposób istotny od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego lub od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu, niepodlegających odrzuceniu. Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że cena oferty w wysokości stanowiącej mniej niż 50% wartości zamówienia powinna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Jest to okoliczność, której zamawiający, zobowiązany do racjonalnego wydatkowania środków publicznych, nie może pominąć w toku badania i oceny ofert, ponieważ może ona wskazywać na to, że oferta nie gwarantuje prawidłowej realizacji zamówienia. Tym samym zastosowanie w niniejszej sprawie wobec odwołującego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp należy uznać za uzasadnione. Zauważyć przy tym należy, że wskazana powyżej przesłanka uzasadniająca wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia, nie może stanowić samodzielnej podstawy do uznania, że cena oferty jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i na tej podstawie odrzucenia oferty bez umożliwienia wykonawcy wykazania, że cena oferty nie posiada takiego charakteru. W przedmiotowym postępowaniu sytuacja taka nie miała jednak miejsca. Zamawiający, poprzez zastosowanie trybu art. 90 ust. 1 Pzp, umożliwił odwołującemu

wykazanie, że cena oferty odwołującego, pomimo znacznie niższej wysokości w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, została skalkulowana w sposób rzetelny, w oparciu o dostępne odwołującemu wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, że za nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 31 ust. 1 Pzp. Odwołujący w toku postępowania nie wykazał, że zamawiający nieprawidłowo dokonał oszacowania wartości zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego opracowanego w październiku 2013 r. Nie zostały udowodnione przez odwołującego okoliczności, na które odwołujący powoływał się w uzasadnieniu tego zarzutu, że zamawiający szacując wartość zamówienia nie uwzględnił wartości robót wykonanych w 2010 r. Podkreślić należy, że stosownie do art. 6 k.c. i art. 190 ust. 1 Pzp, to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu okoliczności, na które się powołuje podnosząc zarzuty w odwołaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp powinno zawsze wskazywać elementy oferty, które mają wpływ na wysokość ceny, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Takie stanowisko można uznać za uzasadnione w przypadkach, gdy w treści oferty zawarte są informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, które mogą podlegać analizie i ocenie przez zamawiającego na etapie badania ofert oraz w odniesieniu do których zamawiający może sformułować szczegółowe pytania, np. kosztorys ofertowy. W przypadku natomiast, gdy oferta zawiera jedynie cenę (ryczałtową) za wykonanie przedmiotu zamówienia, tak jak w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający nie ma możliwości sformułowania szczegółowych pytań co do sposobu kalkulacji ceny przez konkretnego wykonawcę. Zamawiający nie powinien również w świetle powyższego ograniczać wykonawcy co do zakresu składanych wyjaśnień, poprzez wskazanie konkretnych elementów oferty, co do których oczekuje wyjaśnień, ponieważ nie posiada żadnej wiedzy, które z elementów oferty mają, w odniesieniu do danego wykonawcy, istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości obniżenia ceny oferty w stosunku do cen normalnie występujących na rynku.

W ocenie Izby czynność wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2013 r. została dokonana przez zamawiającego w sposób prawidłowy, stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, wyznaczył termin do złożenia wyjaśnień, pouczył o obowiązku wykazania i udowodnienia przez wykonawcę okoliczności oraz wskazał na konieczność wykazania, że przedstawione informacje muszą określać sposób i metodologię kalkulacji ceny. Treść wezwania jest jasna i zrozumiała, a tym samym umożliwia wykonawcy złożenie stosownych wyjaśnień. Biorąc pod uwagę, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są traktowani jako profesjonaliści, nie

można uznać, że treść tego wezwania w jakikolwiek negatywny sposób mogła wpłynąć na sytuację odwołującego, w szczególności na brak możliwości przedstawienia szczegółowych i przekonywujących wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie przez zamawiającego oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień w oderwaniu od treści wezwania, okoliczności sprawy i złożonej oferty.

Odwołujący twierdził, że złożona przez niego oferta zawiera wszystkie wymagane kalkulacje, stworzone w sposób przejrzysty i zrozumiały. Jak wynika jednak z dokumentacji postępowania (SIWZ, wzór umowy), zamawiający nie wymagał złożenia w ofercie kosztorysów ofertowych ani jakiegokolwiek innej uproszczonej kalkulacji ceny oferty. Cenę należało przedstawić jako kwotę brutto, uwzględniającą podatek VAT. Treść oferty nie zawierała zatem żadnych szczegółowych informacji odnośnie sposobu kalkulacji ceny.

Nie można się zgodzić z twierdzeniem odwołującego, że złożone wyjaśnienia są adekwatne do treści wezwania. Jak wskazano powyżej, treść wezwania wskazywała jednoznacznie na obowiązek wykazania (udowodnienia) przez wykonawcę, jakie elementy oferty uzasadniają poziom zaoferowanej ceny, a także przedstawienia „sposobu i metodologii kalkulacji ceny oferty”. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego zawierają kilka ogólnych informacji, które nie zostały choćby uprawdopodobnione przez odwołującego. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia do twierdzenia, że dysponowanie własnym sprzętem technicznym obniża koszt realizacji zamówienia o 20%, nie wykazał, jakie oszczędności może uzyskać z tytułu posiadania zaplecza warsztatowego zlokalizowanego blisko miejsca realizacji zamówienia, nie przedstawił też informacji odnośnie posiadanych upustów cenowych w wysokości do 60%, w szczególności na jakie towary i materiały oraz w jakim stopniu te upusty mogą wpłynąć na obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że wykonawca nie ma bezwzględnego obowiązku składania dowodów w celu wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Izba stoi na stanowisku, że skoro na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania ww. okoliczności, to decyzja co do zakresu wyjaśnień i dowodów również leży po stronie wykonawcy, a zatem to wykonawca podejmuje decyzję, czy przedstawia zamawiającemu dowody oraz jakie i ponosi tym samym ryzyko związane z wykazaniem określonych okoliczności, jako wiarygodnych i rzetelnych. Nie można też wykluczyć możliwości wykazania tego faktu wyłącznie poprzez oświadczenia wykonawcy, zakładając, że złożone oświadczenia będą dostatecznie szczegółowe, rzeczowe, spójne, a w konsekwencji przekonywujące. W niniejszej sprawie złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie mają takiego charakteru, a tym samym nie mogły stanowić podstawy do stwierdzenia przez zamawiającego, że zaoferowana cena nie została skalkulowana na poziomie niższym niż realne koszty realizacji zamówienia.

Przedłożone przez odwołującego na rozprawie kosztorysy ofertowe wykonane w oparciu o dokumentację projektową potwierdzają, że odwołujący miał możliwość złożenia szczegółowych wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jednak zaniechał tej czynności w wyznaczonym przez zamawiającego terminie na etapie badania i oceny ofert. Złożenie tych informacji na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za spóźnione.

Co do możliwości wielokrotnego wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Izba stwierdziła, że brzmienie tego przepisu nie wyklucza co do zasady możliwości ponownego wezwania. W ocenie Izby może to jednak dotyczyć sytuacji szczególnych, kiedy dodatkowe wyjaśnienie jest niezbędne w celu usunięcia wątpliwości (sprzeczności, niejasności) powstałych na tle złożonych już wyjaśnień (patrz: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 lipca 2007 r., sygnatura akt V Ca 2214/06, opinia prawna – Informator UZP nr 11/2013 r.). W świetle obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady szybkości postępowania oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy stwierdzić, że możliwość wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, który złożył uprzednio wyjaśnienia jedynie ogólnikowe i nieprzekonywujące nie mieści się w dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp. W okolicznościach tej sprawy wobec lakoniczności złożonych przez odwołującego wyjaśnień, zamawiający nie był uprawniony ani zobowiązany do ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostały ocenione przez zamawiającego z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 Pzp. W niniejszej sprawie zamawiający umożliwił odwołującemu wykazanie, że zaoferowana cena ma rzetelne podstawy w kalkulacji dokonanej przez odwołującego, odpowiada warunkom rynkowym i gwarantuje prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie potwierdza, że sposób działania zamawiającego pozbawił odwołującego możliwości obrony jego praw i skutecznego kwestionowania podjętych przez zamawiającego decyzji. W ocenie Izby zarówno wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jak i decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego zostały sformułowane w sposób jasny i zrozumiały z przytoczeniem okoliczności, które legły u podstaw tych decyzji. Izba nie stwierdziła zatem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, a w konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: