

Sygn. akt: KIO 1977/13

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: **Spec Bruk Sp. z o. o. Sp. k., 32-590 Libiąż, Oświęcimska 69 oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Profectus Sp. z o. o., 47-143 Niezdrowice, ul. Wiejska 8** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Czerwionka-Leszczyny – Zarząd Dróg i Służby Komunalne, 44-236 Czerwionka-Leszczyny, ul. Polna 6,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: **Spec Bruk Sp. z o. o. Sp. k., 32-590 Libiąż, Oświęcimska 69 oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Profectus Sp. z o. o., 47-143 Niezdrowice, ul. Wiejska 8** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: **Spec Bruk Sp. z o. o. Sp. k., 32-590 Libiąż, Oświęcimska 69 oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Profectus Sp. z o. o., 47-143 Niezdrowice, ul. Wiejska 8** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: **Spec Bruk Sp. z o. o. Sp. k., 32-590 Libiąż, Oświęcimska 69** oraz **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Profectus Sp. z o. o., 47-143 Niezdrowice, ul. Wiejska 8** na rzecz zamawiającego **Gminy Miasta Czerwionka-Leszczyny – Zarząd Dróg i Służby Komunalne, 44-236 Czerwionka-Leszczyny, ul. Polna 6** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina i Miasto Czerwionka-Leszczyny – Zarząd Dróg i Służby Komunalne prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Rewitalizacja zabytkowego osiedla patronackiego kopalni Dębieńsko w Czerwionce-Leszczynach”.

W dniu 8 sierpnia 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty, wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: Geo-Bud-T.B.M. Sp. z o. o. (lider konsorcjum), ZPUH „Multidomex” J. C. – A. T. Sp. j. (członek konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowlane „Kubik” Sp. j. Jan K., Zbigniew K. (członek konsorcjum), zwane dalej także jako „Konsorcjum Geo-Bud”. W tym samym dniu zamawiający poinformował również o ofertach odrzuconych wskazując m.in., iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), dalej także, jako „Pzp”, odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: Spec-Bruk Sp. z o. o. Sp. k. (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Profectus Sp. z o. o. (członek konsorcjum), zwane dalej także, jako „Konsorcjum Spec-Bruk”.

W dniu 13 sierpnia 2013 r., wobec czynności odrzucenia jego oferty, odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożyło Konsorcjum Spec-Bruk zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że odwołujący nie udzielił wystarczających wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co doprowadziło do bezzasadnego odrzucenia oferty Konsorcjum Spec-Bruk z postępowania.
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Geo-Bud z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, co zmierza bezspornie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, pomimo że oferta tego wykonawcy nie zawierała najniższej ceny w postępowaniu, co narusza z kolei art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzając dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty niezgodnie z kryterium oceny ofert określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, [dalej także, jako „SIWZ”].

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Geo-Bud, jako najkorzystniejszej oraz unieważnienia decyzji w sprawie odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż zaproponował wiarygodną, realistyczną cenę za realizację przedmiotu zamówienia, której wysokość ustalił z należytą starannością, przy uwzględnieniu wszystkich, rzeczywistych kosztów związanych z jego realizacją, stosownie do postanowień treści SIWZ. Odwołujący wskazywał, iż w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w określonym przez zamawiającego terminie, złożył wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny za fazę wykonawczą zadania, w tym – przy uwzględnieniu oszczędności wynikających z zaproponowanej metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych oraz innych czynników obiektywnych, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazywał, iż cena ta na gruncie obowiązujących w ostatnich latach stawek cenowych za wykonanie robót tego rodzaju, co objęte przedmiotowym postępowaniem, jest ceną rynkową inwestycji o podobnej skali, a ponadto, iż nie odbiega ona w sposób znaczący od cen pozostałych wykonawców. Odwołujący stwierdził, iż cena zaoferowana przez niego – 8 487 000 zł jest zbliżona do ceny drugiej oferty to jest Konsorcjum JKM Sp. z o.o. Mikołów - - lider, PPUH Libud Sosnowiec – partner (9 102 000 zł) i różni się o 7,25%, a różnice takie są powszechnie spotykane w świetle wyników przetargów i praktyki zamówień publicznych. Odwołujący podkreślał, iż w wyjaśnieniach przedstawił kalkulację cenową, która została skalkulowana rzetelnie i realnie z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych kosztów wykonania robót z zastrzeżeniem, że szczegółowe ilości zostaną przedstawione w dokumentacji technicznej będącej przedmiotem opracowania. W ocenie odwołującego za niezrozumiałe należy uznać stanowisko zamawiającego, zgodnie, z którym zarzuca on brak rzetelności w kalkulacji kwoty wynagrodzenia z uwagi na rzekomy brak uczestnictwa odwołującego w wykonawstwie, z uwagi na fakt udziału podwykonawców, udostępniających tu przecież swój potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia na rzecz wykonawcy w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ponadto odwołujący wskazywał, iż dołączone do wyjaśnień wyniki finansowe za ostatnie 3 lata obrotowe dowodzą, że prowadzona przez wykonawcę dotychczas działalność w zakresie realizacji robót, w tym wycena kontraktów i sprawna, profesjonalna ich realizacja pozwoliły mu na utrzymanie nienagannej sytuacji finansowej spółki. Ponadto potwierdzają one, iż realizowane przez niego roboty są kalkulowane na poziomie pozwalającym nie tylko na pokrycie niezbędnych kosztów, ale i wypracowanie godziwego zysku, co tym samym należy odczytywać, jako dobrą kondycję finansową wykonawcy potwierdzającą wiarygodność i realność zaproponowanej ceny, co bezspornie również stanowi niezaprzeczalnie istotny czynnik obiektywny, o którym mowa w

art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, mający wpływ na obniżenie ceny oferty. Odwołujący zwracał również uwagę, na fakt, że w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co z uwagi na charakter wynagrodzenia czyni oczekiwania zamawiającego, co do udzielonych mu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zupełnie niezrozumiałe. Za kompletnie bezzasadne należałoby tym samym także traktować ewentualność wystąpienia domniemania prawnego, co do wystąpienia rażąco niskiej ceny w oparciu o rzekomy brak lub niewystarczające wyjaśnienia udzielone przez odwołującego. Jedynym kryterium, jakim kierował się w niniejszym przypadku zamawiający była oszacowana przez niego wartość zamówienia. Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z orzeczeniem ETS stanowisko takie jest nieuprawnione, tym bardziej, iż zamawiający nie odniósł się szczegółowo do ofert złożonych przez pozostałych wykonawców. Zauważyć należy, iż następną po ofercie odwołującego cena wykonania zamówienia stanowiła kwotę 9.102.000,00 zł, tj. zaledwie o 7,25 % wyższą niż oferta odwołującego. Wobec powyższego nie można zasadnie twierdzić, iż przyjęte przez odwołującego w kalkulacji ceny odbiegały od cen rynkowych umożliwiających należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, czy wskazujące na wykonanie usługi poniżej jej kosztów. Możliwość uznania ceny za rażąco niską dotyczy wyłącznie określenia wynagrodzenia całkowitego. Kategoria rażąco niskiej ceny nie powinna być odnoszona do oferty, co, do której zamawiający wezwał odwołującego tylko do przedstawienia kalkulacji w jej części, obejmującej fazę wykonawczą, z pominięciem elementu – ceny za fazę projektową. Reasumując, odwołujący stwierdził, że cena złożonej przez niego oferty została przygotowana z należyłą starannością, na podstawie dokładnej analizy warunków rynkowych, a tym samym – nie jest niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Powyższe potwierdza w o cenie odwołującego, że zaproponowana przez niego cena jest prawidłowo skalkulowana i nie nosi znamion rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, i jest on w stanie zrealizować zamówienie w ramach zaoferowanej ceny, pokrywając wszystkie niezbędne koszty, przy założeniu osiągnięcia zysku.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Gmina i Miasto Czerwionka-Leszczyny – Zarząd Dróg i Służby Komunalne prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Rewitalizacja zabytkowego osiedla patronackiego kopalni Dębieńsko w Czerwonce-Leszczynach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 czerwca 2013 r., pod numerem 212900-2013.

Zgodnie z protokołem postępowania wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 13.978.678,04 zł. Zamawiający ustalił wartość zamówienia na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego oraz określenia wartości planowanych kosztów robót budowlanych oraz kosztów planowanych prac projektowych.

Zgodnie z postanowieniami pkt 12 SIWZ podstawą obliczenia ceny za przedmiot zamówienia są założenia przyjęte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym wraz z załącznikami stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Cena ofertowa brutto, wyliczona w pkt 12.1. jest ceną ryczałtową braną pod uwagę przy wyborze oferty. W pkt. 12.6. zamawiający zastrzegł, cena ofertowa brutto za fazę projektową nie może przekroczyć 4% ceny ofertowej brutto za fazę wykonawczą. Zgodnie z pkt 13 SIWZ zamawiający wskazał, iż przy wyborze oferty będzie kierował się kryterium ceny określając jego wagę na 100%.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Konsorcjum firm w składzie: „Budexim” Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Gamar” Sp. z o. o. na kwotę 12 297 540,00 zł brutto w tym za fazę projektową 319 800,00 zł brutto, za fazę wykonawczą 11 977 740,00 zł brutto;
- 2) Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane SILESIA CONSTRUCTIONS Sp. z o. o. oraz Zakład Budowlany inż. Henryk K. na kwotę 12 035 550,00 zł brutto, w tym za fazę projektową 369 000,00 zł brutto, za fazę wykonawczą 11 666 550,00 zł brutto;
- 3) Konsorcjum firm w składzie: GEO – BUD – T.B.M. Sp. z o. o., ZPUH „MULTIDOMEX” J. C. – A. T. Sp. j. oraz Przedsiębiorstwo Budowlane „Kubik” Sp. j. Jan K., Zbigniew K. na kwotę 11 734 200,00 zł brutto w tym za fazę projektową 200 000,00 zł brutto, za fazę wykonawczą 11 534 200,00 zł brutto;
- 4) Konsorcjum firm w składzie: JKM Sp. z o. o. oraz PPUH LIBUD s.c. L. Adam, L. Jacek na kwotę 9 102 000,00 zł brutto, w tym za fazę projektową 364 080,00 zł brutto, za fazę wykonawczą 8 737 920,00 zł brutto,
- 5) Konsorcjum firm w składzie: Soec-Bruk Sp. z o. o. Sp. k. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Profectus Sp. z o. o. na kwotę 8 487 000,00 zł brutto, w tym za fazę projektową 326 000,00 zł brutto, za fazę wykonawczą 8 161 000,00 zł brutto.

Pismem z dnia 8 lipca 20103r., zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do konsorcjum Spec-Bruk o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty – całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego (ceny brutto) za fazę wykonawczą. Zamawiający w wezwaniu wskazał, iż oczekuje przedstawienia kalkulacji cenowej, która musiała stanowić podstawę do wyliczenia zaproponowanej ceny, zgodnie z zapisami pkt 3.2. ust. 2a SIWZ oraz szczegółowego uzasadnienia zastosowania takich a nie innych cen za poszczególne elementy.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca Konsorcjum Spec-Bruk w piśmie z dnia 11 lipca 2013 r., wskazał, iż:

„(...) Nie możemy się zgodzić z sugestią, że oferowana przez nas cena jest ceną rażąco niską. Na sfinansowanie zadania zamierzacie Państwo przeznaczyć kwotę 16 589 550,92 zł, a nasza oferta stanowi 51,16% kwoty zakładanej przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę inne przetargi publiczne na wykonanie robót budowlanych mające miejsce w ostatnich latach oraz ceny zaoferowane przez innych oferentów w przedmiotowym postępowaniu, cena nie może zostać zakwalifikowana, jako rażąco niska. Cena zaoferowana przez nas – 8 487 000 zł jest zbliżona do ceny drugiej oferty Konsorcjum JKM Sp. z o.o. Mikołów – lider, PPUH Libud Sosnowiec – partner (9 102 000 zł) i różni się o 7,25%, a różnice takie są powszechnie spotykane w świetle wyników przetargów i praktyki zamówień publicznych. Podkreślamy, że nasza oferta została skalkulowana rzetelnie i realnie z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych kosztów wykonania robót zgodnie z zapisami pkt 3.2 ust. 2a SIWZ.”

We wskazanym piśmie wykonawca przedstawił również kalkulację cenową, wskazując, iż zawarł w niej ceny rynkowe obowiązujące w przypadku dużych inwestycji o podobnej skali. Dodatkowo podkreślał, iż zaoferowana przez niego cena została tak ukształtowana z uwagi na korzystne zapisy umowne i warunki płatności oraz bogate doświadczenie firmy w realizacji podobnych robót. W końcu na potwierdzenie profesjonalizmu i rzetelności jego firmy, jej wieloletniego doświadczenia, ugruntowanej pozycji na rynku oraz rozwiania wszelkich wątpliwości, do pisma załączył informację o firmie, referencje na główne zrealizowane przez niego zadania oraz wyniku finansowe za 3 ostatnie lata obrotowe.

Pismem z dnia 8 sierpnia 20103 r., zamawiający poinformował wykonawców m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy Konsorcjum Spec-Bruk. Jako podstawę prawną odrzucenia zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający podniósł, iż „(...) oferta konsorcjum firm Spec-Bruk Sp. z o . o. Sp. k. – Lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Profectus Sp. z o. o., wzbudziła wątpliwości, co do sposobu skalkulowania ceny, w szczególności za fazę wykonawczą przedmiotowego zadania. Odbiegała ona bowiem w sposób rażący od kwoty jaką przewidział zamawiający na realizację zadania oraz od pozostałych ofert przetargowych. (...) oferta konsorcjum [Spec-Bruk] została złożona na kwotę 8 487 000,00 zł brutto, która jest niższa o ok. 51,7% od ceny brutto zawartej w zaktualizowanej wycenie zamówienia. Kwota zawarta w ofercie przetargowej konsorcjum firm Spec-Bruk jest niższa o około 30,00% od średniej ceny pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu.” Dalej zamawiający wskazywał, iż z treści pisma otrzymanego od Konsorcjum Spec-Bruk nie wynika, dlaczego wykonawca ten zastosował tak niską cenę. Zamawiający podnosił, iż wykonawca Konsorcjum Spec-Bruk nie przedłożył żadnych dokumentów ani rzetelnego uzasadnienia przyjęcia ceny zastosowanej w ofercie. Brak było w ocenie zamawiającego

jakichkolwiek obiektywnych czynników, a lakoniczna informacja o korzystnych zapisach umowy i terminach płatności nie jest argumentem wystarczającym dla uzasadnienia tak niskich cen.

Czynność odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Spec-Bruk leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 14 sierpnia 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swojego przystąpienie po stronie zamawiającego nie zgłosił żaden wykonawca.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, uznając zarzut ten za niezasadny. Należy wskazać, iż wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp stwarza wzruszalne domniemanie, że cena oferty wezwanego wykonawcy jest rażąco niska. Podkreślić również należy, iż zamawiający nie ma obowiązku określać, co do jakich elementów cenotwórczych ma wątpliwości w procedurze przewidzianej w art. 90 Pzp. Wystarczające jest powzięcie wątpliwości, co do wysokości ceny zaoferowanej, niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i wezwanie wykonawcy do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny. Celem działania wykonawcy przy składaniu wyjaśnień

jest obalenie domniemania istnienia ceny rażąco niskiej przez wskazanie obiektywnych czynników mających wpływ na cenę. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż bezspornym jest, że cena oferty odwołującego odbiega od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego o ponad 50%. Choć Izba podziela pogląd, iż nieuzasadnione byłoby uznawanie ceny oferty za rażąco niską wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, to jednak nie sposób pominąć faktu tak dużej rozbieżności. Niewątpliwie mogła ona i stanowiła podstawę do badania ceny oferty odwołującego. Za nieuzasadnione Izba uznała, twierdzenia odwołującego, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w sposób nieprawidłowy. Wartość ta niewątpliwie wynika z planowanych kosztów określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Twierdzenia odwołującego, iż szacowany koszt robót był zawyżony nie zostały poparte żadnymi dowodami, ani nie znalazły potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Tym samym zamawiający miał podstawy do wszczęcia procedury wynikającej z dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dla oceny przedmiotowego zarzutu nie będzie mieć znaczenia, iż zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie ceny za fazę wykonawczą, gdyż element ten de facto miał decydujące znaczenie dla ceny całej oferty stanowiąc ponad 90% wartości zamówienia.

Odnosząc się do dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień, Izba uznała w tym zakresie działania zamawiającego za prawidłowe. Uwzględniając treść złożonych wyjaśnień, nie sposób uznać, że odwołujący skutecznie obalił domniemanie złożenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Izby nie jest wystarczające powołanie się na ceny usług z innych postępowań przetargowych w związku z doświadczeniem wykonawcy w zakresie realizowanych dotychczas przedsięwzięć. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej. Oczywiście, należy zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż ustawodawca określił otwarty katalog elementów, które mogą uzasadniać zaoferowaną cenę to jednak nie należy zapominać, iż czynniki te muszą być obiektywne a ponadto związane z danym przedmiotem zamówienia. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny odnosić się przede wszystkim do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, nie zaś opierać się na twierdzeniu, że cena zaproponowana przez następnego wykonawcę jest niewiele wyższa, (choć nie była ona brana pod uwagę przy wyborze), lub, że cena zaproponowana przez wykonawcę obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia i została skalkulowana należycie. Odnosząc się do zawartej w wyjaśnieniach kalkulacji cenowej należy wskazać, iż zawiera on wyłącznie rozbić ceny na poszczególne elementy składowe natomiast nie wskazuje na elementy przynależne wyłącznie odwołującemu, które miały wpływ na skalkulowanie ceny oferty na zaproponowanym

poziomie. Przedstawiając kalkulację odwołujący wskazał wyłącznie na rozbieżność cen na poszczególne roboty, jednakże nie wynika z niej, jakie obiektywne czynniki przynależne odwołującemu wpłynęły na zaproponowany poziom cen. Odwołujący na rozprawie podnosił, iż swoją kalkulację oparł na rzeczywistych cenach materiałów i „nie mógł niczego udowodnić skoro takie ceny po prostu obowiązują”, jednakże nie przedstawił on na tę okoliczność żadnych dowodów. Nie mogła również znaleźć uznania argumentacja, iż cena oferty odwołującego została tak ukształtowana z uwagi na korzystne zapisy umowne i warunki płatności. Powyższego nie sposób uznać za obiektywne czynniki przynależne wyłącznie odwołującemu gdyż warunki umowy, w tym i warunki płatności były tożsame dla wszystkich oferentów. Wreszcie, oceny złożonych wyjaśnień nie mogły zmienić załączone sprawozdania finansowe jak i kolejne referencje. Zdaniem Izby, kondycja finansowa wykonawcy czy też kolejne referencje nie uzasadniają zaproponowanej ceny w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niewątpliwie wykonawca winien uzasadnić realność zaproponowanej ceny w stosunku do zakresu zamówienia, wskazać, jakie obiektywne czynniki wpłynęły na jej poziom a ponadto, że są to czynniki przynależne temu wykonawcy. W ocenie Izby to czy dany wykonawca ma dodatni czy ujemny bilans działalności nie może stanowić o tym, iż zaproponowana cena nie ma znamion rażąco niskiej. Izba podkreśla, iż w sytuacji, gdy zamawiający skorzysta z dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywać będzie ciężar dowodu, że cena jego oferty nie została skalkulowana na poziomie rażąco niskim natomiast na zamawiającym ciążyć będzie obowiązek wykazania, iż dokonał prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień. Uwzględniając treść złożonych wyjaśnień, w ocenie Izby dokonana przez zamawiającego ocena była prawidłowa i kompletna.

Mając na względzie powyższe, za niezasadne należało również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp gdyż zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp na podstawie kryterium oceny ofert określonego w SIWZ.

Reasumując, Izba uznała przedmiotowe odwołanie za niezasadne i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o 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).

Przewodniczący: