

Sygn. akt: KIO 271/17

WYROK
z dnia 22 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2017 r. przez wykonawcę: **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów ANBUD A. T., A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M., ul. Kamienna 2, 59-600 Lwówek Śląski** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Prace utrzymaniowe na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Lubaniu w latach 2016-2019”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 października 2016 r. w DUUE 2016/S 209-378522.

Dnia 31 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum Zakład Budowy Dróg i Mostów ANBUD A. T., Usługi Ogólnobudowlane A. M. z ceną 7 011 630,54 zł brutto jako najkorzystniejszą.

Wykonawca Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. we Wrocławiu wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp”, a w szczególności:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 90 ust. 1 Pzp w związku z brakiem wezwania do złożenia wyjaśnień przez Konsorcjum ANBUD w związku z tym, że zaoferowana cena w zakresie ich istotnych części składowych jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikających z odrębnych przepisów, w szczególności minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum ANBUD, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę istotnych części składowych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wezwania do udzielenia przez Konsorcjum wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 Pzp,
- 3) odrzucenie oferty Konsorcjum w przypadku braku udowodnienia, że istotne części składowe nie są rażąco niskie;
- 4) rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz zgodnie z zachowaniem zasad określonych w Pzp, w szczególności

uczciwej konkurencji;

5) zwrot kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 5 stycznia 2017 r. zwrócił się o wyjaśnienie, czy oferta Konsorcjum ANBUD nie zawiera rażąco niskiej ceny lub jej części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, z pominięciem pozycji stanowiących istotne części składowe zamówienia. Zamawiający nie powziął podejrzenia rażącego zaniżenia ani ceny ogółem w odniesieniu do ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ, OPZ i SST, ani żadnej z istotnych części składowych znajdujących swoje odzwierciedlenie w kosztorysie ofertowym, który stanowi podstawę wyliczenia ceny i sposobu rozliczeń w trakcie wykonania zamówienia (wynagrodzenia kosztorysowego).

Zdaniem Odwołującego, oferta Konsorcjum ANBUD zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. W jej istotnych częściach składowych zawiera rażąco niską wycenę. Dotyczy to takich pozycji, jak:

- poz. 22 kosztorysu ofertowego - kompleksowe, mechaniczne i ręczne koszenie traw i chwastów (cena jednostkowa: 50,00 zł za 1 ha, cena całkowita netto: 110 000,00 zł);
- poz. 23 kosztorysu ofertowego - kompleksowe, mechaniczne i ręczne koszenie traw i chwastów w terenie zabudowanym ze zbieraniem trawy po koszeniu (cena jednostkowa: 50,00 zł za ha, cena całkowita: 32 500,00 zł);
- poz. 29 kosztorysu ofertowego - ścinanie drzew o fi powyżej 56-79 cm (cena jednostkowa: 20,00 zł, cena całkowita: 2 000,00 zł);
- poz. 30 kosztorysu ofertowego - ścinanie drzew o fi powyżej 80 cm (cena jednostkowa: 10,00 zł, cena całkowita: 1 000,00 zł);
- poz. 44 kosztorysu ofertowego - wynajem walca dla potrzeb Zamawiającego (cena jednostkowa: 10,00 zł za godz., cena całkowita: 500,00 zł);
- poz. 45 kosztorysu ofertowego - wynajem samochodu ciężarowego dla potrzeb Zamawiającego z HDS (samowładowczego) - (cena jednostkowa: 50,00 zł za godz., cena całkowita: 5 000,00 zł);
- poz. 46 kosztorysu ofertowego - wynajem ładowarki dla potrzeb Zamawiającego (cena jednostkowa: 5,00 zł za godz., cena całkowita: 7 250,00 zł);
- poz. 49 kosztorysu ofertowego - usługi sprzętowo transportowe sprzętu ciężkiego - równiarka (cena jednostkowa: 5,00 zł za godz., cena całkowita: 1 250,00 zł).

Odwołujący porównał ww. ceny do cen zawartych w innych ofertach, tj. firmy SPECTARE Sp. z o.o. w Warszawie, odrzuconej z powodu rażąco niskiej ceny, ZABERD S.A. (Odwołujący) i PUK PORTO Sp. z o.o. w Prochowicach (oferta najwyższa) oraz

przedstawił w ujęciu procentowym różnicę ceny tych samych pozycji w ofercie Konsorcjum ANBUD i ww. wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, wykaz powyższych pozycji i przedstawione wyliczenia jednoznacznie wskazują na rażące zaniżenie cen w ofercie Konsorcjum ANBUD, a zatem wykonanie ww. części składowych zamówienia jest niemożliwe bez poniesienia straty. Brak wykonania tych elementów przedmiotu zamówienia spowodowałby nienależyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w pkt 14.5 SIWZ Zamawiający postanowił jednoznacznie, że Kosztorys Ofertowy (Formularz 2.2) stanowi podstawowy element Formularza „Oferta”. Cena oferty jest:

- wyliczona w oparciu o Kosztorys Ofertowy (pkt 15.1. SIWZ),
- muszą być tam ujęte wszystkie pozycje (pkt 15.3. SIWZ),
- musi zawierać wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w Tomach II i III SIWZ.

Ponadto, w związku ze zmianą ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę od 1 stycznia 2017 r. w wysokości minimalnej 13 zł brutto za godzinę, stawki zaproponowane przez Konsorcjum ANBUD jednoznacznie wskazują, że nie uwzględniono w nich minimalnej stawki godzinowej:

- poz. 44 kosztorysu ofertowego - wynajem walca dla potrzeb Zamawiającego (cena jednostkowa: 10,00zł/godz.);
- poz. 46 kosztorysu ofertowego - wynajem ładowarki dla potrzeb Zamawiającego (cena jednostkowa: 5,00 zł/godz.);
- poz. 49 kosztorysu ofertowego - usługi sprzętowo transportowe sprzętu ciężkiego - równiarka (cena jednostkowa: 5,00 zł/godz.),
- poz. 22 kosztorysu ofertowego - kompleksowe, mechaniczne i ręczne koszenie traw i chwastów (cena jednostkowa: 50,00 zł za 1 ha, cena całkowita netto; 110 000,00 zł);
- poz. 23 kosztorysu ofertowego - kompleksowe, mechaniczne i ręczne koszenie traw i chwastów w terenie zabudowanym ze zbieraniem trawy po koszeniu (cena jednostkowa: 50,00 zł za ha, cena całkowita: 32 500,00 zł),

ponieważ nie jest możliwe utrzymanie stawki 13,00 zł za godzinę, czy też skalkulowanie w tych cenach najniższego wynagrodzenia za pracę w wysokości 2000,00 zł miesięcznie.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z pkt 10 Opisu przedmiotu zamówienia (str. 12), wszystkie usługi i roboty budowlane powinny być wykonane zgodnie z Umową oraz wymaganiami SIWZ oraz SST. (...) Wykonawca powinien zatrudnić pracowników, których kwalifikacje odpowiadają wymaganiom kontraktu i w takiej liczbie, która zapewni należyte, terminowe wykonania usług i robót zgodnie z kontraktem.

Odwołujący wskazał, że określił swoją cenę na poziomie realnym. Urealnienie cen zaofertowanych przez Konsorcjum ANBUD spowodowałoby istotny wzrost ceny całkowitej tej oferty, która byłaby wyższa od ceny Odwołującego. Wzrosłaby ona do ceny 9 349 665,54 zł brutto i poza ofertą firmy PORTO Sp. z o.o. byłaby to najdroższa oferta wśród złożonych ofert. Mimo to Zamawiający stwierdził, że oferta Konsorcjum ANBUD nie budzi wątpliwości, które wymagają wyjaśnienia i nie wezwał w związku z tym Konsorcjum do wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku - gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania wskazanego przepisu - może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej (tek wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2016 r.; KIO 820/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 846/16).

Odwołujący powołując się także na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, w sprawie rażąco niskiej ceny w świetle obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) - (Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji) wskazał, że oferta Konsorcjum ANBUD powinna być odrzucona z uwagi na wykazane oczywiste różnice cen zaofertowanych przez Konsorcjum oraz pozostałych wykonawców i naruszenie przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265) - po uzyskaniu wyjaśnień i dowodów od Konsorcjum ANBUD potwierdzających ich rażąco niską wartość oraz, że za zaofertowaną cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów ANBUD A. T., A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. z siedzibą lidera w Lwówku Śląskim – zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum ANBUD o złożenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niskie ceny składowe oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Przystępujący w dniu 12 stycznia 2017 r. złożył szczegółowe wyjaśnienia, które potwierdziły rzetelność kalkulacji ceny oraz możliwość realizacji zamówienia. Konsorcjum ANBUD przedstawiło wraz z wyjaśnieniami dowody na poparcie sposobu obliczenia cen

poszczególnych pozycji i wewnętrzne kalkulacje. Przystępujący podniósł, że same różnice w cenach pomiędzy ofertą Konsorcjum ANBUD a pozostałymi wykonawcami nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Zamawiający, pismem z dnia 17 lutego 2017 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał rzetelnej oceny ofert, zachowując bezstronność i obiektywizm oraz z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wskazał, że w postępowaniu zostało złożonych 6 ofert. Wstępnego badania ofert dokonano w oparciu o kryterium arytmetyczne w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług. Wśród sześciu ofert tylko jedna oferta zawierała cenę niższą od tej wartości o więcej niż 30%. W odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dwie najniższe oferty zawierały ceny niższe o więcej niż 30% tej średniej, w tym oferta Konsorcjum ANBUD. Ze względu na fakt, że najdroższa oferta jest ponad 250% wyższa od wartości zamówienia i znacznie odbiega wysokością od cen pozostałych ofert Zamawiający dokonał także porównania cen złożonych ofert w stosunku do średniej arytmetycznej cen ofert zbliżonych do siebie wysokością, tj. ofert nr 2-6. W tym porównaniu żadna z ofert nie zawiera ceny niższej o 30% od ww. średniej arytmetycznej. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał także badania cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach stosunku do kosztorysu inwestorskiego oraz kosztorysów ofertowych złożonych ofert. Zamawiający wytypował pozycje, które stanowiły mniej niż 50% wartości kosztorysu inwestorskiego i w takim zakresie wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień – wykonawcę SPECTARE Sp. z o.o. oraz Konsorcjum ANBUD. Konsorcjum ANBUD złożyło wyjaśnienia wraz ze szczegółowymi kalkulacjami oraz stosownymi dowodami. Komisja przetargowa uznała wyjaśnienia za wystarczające i nie stwierdziła rażąco niskich cen istotnych części składowych ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, fakt, że oferta Konsorcjum ANBUD zawiera w pozycjach 22, 23, 29, 30, 44, 45, 46 i 49 ceny niższe niż w innych ofertach nie jest dowodem na to, że są to ceny jednostkowe rażąco niskie dla istotnych składowych ceny oferty. Odwołujący nie udowodnił, że Konsorcjum ANBUD ustaliło określone ceny jednostkowe poniżej kosztów własnych, że będzie ponosiło straty, co może zagrażać bezpiecznemu wykonaniu umowy. Odwołujący ograniczył się jedynie do arytmetycznego porównania cen jednostkowych w ofercie Konsorcjum ANBUD do oferty najniższej i oferty najwyższej pod względem ceny, co nie jest wystarczające do uznania cen składowych tej oferty za rażąco niskie. Tym samym żądanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANBUD należy uznać za bezzasadne. Zamawiający podniósł również, że w ofercie Odwołującego także stwierdzono pozycje kosztorysu, wycenione poniżej 50%

wartości określonych w kosztorysie inwestorskim oraz zdecydowanie niższych niż w ofertach konkurencyjnych. Nawet oferta SPECTARE Sp. z o.o. - z najwyższą ceną - zawiera 24 pozycje poniżej przyjętej granicy 50% z kosztorysu inwestorskiego. Powyższe wskazuje, że oferty należy oceniać przede wszystkim całościowo oraz z uwzględnieniem złożoności zamówienia.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie w ramach konsorcjum: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów ANBUD A. T., A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M., skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, spełniając wymagania zawarte w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień przez Konsorcjum ANBUD co do zaoferowanej ceny w zakresie jej istotnych części składowych oraz **art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1 Pzp**, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANBUD jako oferty zawierającej rażąco niską cenę istotnych części składowych.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 6 ofert. Oferta Konsorcjum ANBUD zawiera cenę 7 011 630,54 zł brutto. Oferta Odwołującego zawiera cenę 7 860 455,49 zł brutto. Oferta najniższa zawiera cenę 6 161 996,70 zł brutto (oferta została odrzucona). Pozostałe ceny ofert to: 9 001 787, 40 zł brutto, 9 176 673,90 zł brutto oraz 23 253 623,40 zł brutto.

Oferta Konsorcjum ANBUD stanowi 77,69% wartości szacunkowej zamówienia, która została ustalona przez Zamawiającego w kwocie 9 025 631,28 zł brutto oraz 67,35% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Oferta ta stanowi jednocześnie 89,41 % średniej arytmetycznej złożonych ofert, z wyłączeniem oferty najdroższej, która wyraźnie znacznie odbiega wysokością od cen pozostałych ofert, jak i od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (ponad 2,5-krotnie).

Zamawiający w dniu 5 stycznia 2017 r. wezwał Konsorcjum ANBUD do wyjaśnienia, czy w ofercie nie znajduje się rażąco niska cena lub jej części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, w zakresie pozycji kosztorysowych nr 21 (utrzymanie czystości i porządku w pasie drogowym), poz. 29, 33, 34, 37, 40 (pielęgnacja i utrzymanie zieleni), 55, 56, 75 (remont odwodnienia i poboczy) wycenionych poniżej 50% wartości tych pozycji w kosztorysie inwestorskim. Podobne wezwanie zostało wystosowane przez Zamawiającego do oferty SPECTARE Sp. z o.o. z najniższą ceną.

Konsorcjum ANBUD złożyło wyjaśnienia pismem z dnia 12 stycznia 2017 r., które zostały wraz z dołączonymi dowodami zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazując, że oferta Konsorcjum ANBUD zawiera rażąco niską cenę gdyż w jej istotnych częściach składowych zawiera rażąco niską wycenę w pozycjach: 22, 23, 29, 30, 44, 45, 49, porównał ceny tych pozycji do wyceny zawartej odpowiednio w ofercie najtańszej i najdroższej oraz w ofercie Odwołującego (w ujęciu kwotowym i procentowym). W ocenie Odwołującego, porównanie to wskazuje na rażące zniżenie cen jednostkowych w ofercie Konsorcjum ANBUD. Zdaniem Odwołującego, wykonanie ww. części składowych zamówienia jest niemożliwe bez poniesienia straty. W toku postępowania odwoławczego Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów na poparcie powyższych twierdzeń. Odwołujący nie wykazał, że w wycenie kosztorysu ofertowego Konsorcjum ANBUD nie zostały ujęte wszystkie koszty wymagane do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, w tym koszt minimalnej stawki godzinowej lub minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265) w szczególności – w pozycjach 22, 23, 44, 46 i 49 kosztorysu ofertowego.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych,

wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zatem zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wskazanych wątpliwości, a zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz dowodów zależy, co do zasady, od oceny oferty przez zamawiającego.

Obowiązek powyższy został przez Zamawiającego zrealizowany w niniejszym postępowaniu w stosunku do oferty Konsorcjum ANBUD, poprzez wezwanie z dnia 5 stycznia 2017 r. Zamawiający ustalił istotne elementy przedmiotu zamówienia i zażądał od wykonawcy stosownych szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie oraz przedstawienia dowodów.

Zgodnie z ciężarem dowodu, wynikającym z art. 90 ust. 2 Pzp, Konsorcjum ANBUD złożyło wyjaśnienia w pełnym zakresie odpowiadającym treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego oraz przedstawiło w załączeniu do wyjaśnień dowody na poparcie rzetelności dokonanych kalkulacji ceny, w postaci ofert uzyskanych od firm współpracujących z wykonawcą. Konsorcjum ANBUD wskazało czynniki mające wpływ na możliwość ustalenia ceny oferty na określonym w ofercie poziomie, powołując się na ceny obowiązujące na rynku z uwzględnieniem sytuacji tego wykonawcy. Konsorcjum ANBUD wyjaśniło też kwestie dotyczące wyceny kosztów robocizny skalkulowanej w kosztorysie ofertowym.

Dokonana przez Zamawiającego ocena ww. wyjaśnień nie potwierdza, że ww. oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W świetle brzmienia art. 90 ust. 1 Pzp, w zakresie istotnych części zamówienia ważne jest ustalenie, że te części mają znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia lub że są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia. Jak wyjaśnił

Zamawiający na rozprawie, wskazane przez Odwołującego pozycje kosztorysowe stanowią jedynie nieznaczny składnik przedmiotu zamówienia zarówno w odniesieniu do zakresu prac objętych zamówieniem, jak i do ich wartości. Zamawiający wycenił prace związane z koszeniem na kwotę 285 tys. zł, podczas gdy wartość całego przedmiotu zamówienia została oszacowana na ponad 7 860 000 zł. Jak wynika z dokumentacji postępowania, w tym - zestawienia cen jednostkowych zawartych w kosztorysach ofertowych poszczególnych wykonawców - porównanie poszczególnych cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawców do wartości zamówienia w tych pozycjach prowadzi do wniosku, że ceny te różnią się znacznie, co jest efektem specyfiki i złożonego charakteru przedmiotu zamówienia, która powoduje, jak słusznie zauważył Zamawiający, że wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych we wszystkich złożonych ofertach jest wynikiem uwzględnienia wielu ryzyk i musi być oceniana indywidualnie w przypadku każdego z wykonawców w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Co do uwzględnienia minimalnych stawek wynagrodzenia w ofercie Konsorcjum ANBUD należy wskazać, że wykonawca złożył wyjaśnienia w tym zakresie w piśmie z 12 stycznia 2017 r. Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnych dowodów na fakt, że oferta Konsorcjum ANBUD nie uwzględnia obowiązujących stawek, biorąc jednocześnie pod uwagę, że stawki dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalne stawki godzinowe określone w obowiązujących przepisach mają bezpośrednie zastosowanie w umowach pomiędzy osobą fizyczną a pracodawcą. Za bezpodstawne należało też uznać twierdzenie, że urealnienie ceny oferty Konsorcjum ANBUD powinno być dokonane poprzez określenie wskazanych cen na poziomie zaoferowanym przez Odwołującego.

W świetle powyższego, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum ANBUD w oparciu o art. 90 ust. 3 Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, w szczególności wyłącznie z uwagi na różnice cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym Konsorcjum ANBUD oraz wybranych ofert dwóch z pięciu pozostałych wykonawców w zakresie pozycji kosztorysu, które nie stanowią istotnych elementów kosztów w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia.

W ustalonych okolicznościach Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum ANBUD jako najkorzystniejszej oraz art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....