

Sygn. akt: KIO 882/12

WYROK
z dnia 15 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol sp. z o. o. w Koszalinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Eko – Inwestycja sp. z o.o. w Sulejówku**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol sp. z o.o. w Koszalinie** i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol sp. z o.o. w Koszalinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska EkoWodrol sp. z o.o. w Koszalinie** na rzecz **Eko – Inwestycja sp. z o.o. w Sulejówku** kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2010 r. 113, poz. 759 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 **Siedlcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Eko-Inwestycja sp. z o.o. w Sulejówku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Sulejówku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 28 grudnia 2011 r. nr 2011/S 249-405789.

W dniu 26 kwietnia 2012 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy Przedsiębiorstwu Inżynierii Środowiska EkoWodrol sp. z o. o. w Koszalinie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Melbud S.A. w Grudziądzu.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, a w konsekwencji także wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący wniósł w dniu 30 kwietnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na zaniechaniu obowiązkowi ustalenia wszelkich okoliczności, które zamawiający uznał za istotne dla stwierdzenia, czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz na błędnym przyjęciu - co nie wynika z postępowania - iż odwołujący miał nie przewidzieć zysku przy realizacji umowy, a w konsekwencji na bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego z powodu rzekomego zawierania rażąco niskiej ceny czym odwołujący miał dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty należącej do odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że wbrew uzasadnieniu decyzji zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty, cena przedstawiona w

jego ofercie nie jest rażąco niska, zaś odwołujący podając taką cenę nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Podnosił, że w złożonych przez niego zamawiającemu wyjaśnieniach sposobu wyliczenia oferowanej ceny nie wykazano zysku, co nie oznacza, że odwołujący skalkulował swoją ofertę bez założenia wypracowania zysku. W wyjaśnieniach odwołującego z dnia 12.04.2012 roku nie było żadnego oświadczenia lub informacji jakoby na tą inwestycję odwołujący nie założył wypracowania zysku. Z treści pisma z dnia 12.04.2012 roku wynika informacja, że cyt. „do oferty zostały przyjęte ceny materiałów, sprzętu i robocizny wg poniższego”. Wywodził, że w tych wyjaśnieniach nie ma mowy o rezygnacji z wypracowania zysku z umowy, lecz co najwyżej jest mowa o przyjętych składnikach cenotwórczych jak cena materiałów, sprzętu i robocizny. Zamawiający nie wypełnił obowiązku ustawowego, sprowadzając swoje rozważania jedynie do stwierdzenia, iż odwołujący nie przewidział zysku z umowy, pomimo że odwołujący takiej informacji nie udzielił, a zamawiający nie zwracał się do z prośbą wyjaśnienia tej kwestii. Zauważyć należy, iż w przypadku, gdyby zamawiający uznał wyjaśnienia odwołującego za niewystarczające lub niekompletne miał obowiązek zwrócić się do odwołującego z prośbą o udzielenie dalszych szczegółowych wyjaśnień. W rzeczywistości zamawiający opierając się na niepełnej kalkulacji ceny uznał, iż brak rzekomo niezaplanowanego zysku jest równoznaczny z istnieniem rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wywodził, że zaplanował rentowność przedmiotowej inwestycji na poziomie 10 %. Na dowód powyższego załączył do odwołania tabelę pn. Budżet OŚ Sulejówek oraz wnioskował o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka. Powoływał się na swe doświadczenie w świadczeniu usług w zakresie budowy obiektów sanitarnych, budowy obiektów wodociągowych, kanalizacyjnych, technologii uzdatniania wody i oczyszczania ścieków a także instalacji wewnętrznych i sieci technologicznych oraz obiektów melioracyjnych i hydrotechnicznych. Wskazywał, że posiada wyspecjalizowaną i doświadczoną kadrę zarówno w dziedzinie projektowania jak i wykonawstwa. Firma jest członkiem Business Centre Club i Koszalińskiej Izby Przemysłowo Handlowej. Natomiast pracownicy firmy są aktywnymi członkami SITWM przy Środkowopomorskiej Radzie Naczelnej Organizacji Technicznej w Koszalinie oraz Zachodniopomorskiej Izby Inżynierów Budownictwa. Na tę okoliczność wnosił o przeprowadzenie dowodów z danych ze strony internetowej www.ekowodrol.pl, z referencji inwestorów oraz wnioskował o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka. Wywodził, że odwołujący wypracował zysk na poziomie 2.272.354,28 zł, co dowodzi, że nie jest zainteresowany wykonywaniem umów bez osiągnięcia zysku, na dowód czego wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii niezależnego biegłego rewidenta, a także bilansu i rachunku zysków i strat za 2011 r.

Wskazywał także, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia pozostawił przyszłemu wykonawcy robót dużą swobodę jeżeli chodzi o zakres robót. Przywołał w tym

zakresie pkt 4 SIWZ, postanowienia programu funkcjonalno-użytkowego, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ przesyłane przez zamawiającego w trakcie postępowania. Odwołujący wywodził także, że zwrócił się do zamawiającego z pytaniem o możliwość dopuszczenia przez zamawiającego zastosowania technologii SBR, w przypadku gdy wykonawca zaproponuje specjalną technologię niskoobciążonego osadu czynnego z zastosowaniem sekwencyjnego reaktora biologicznego gwarantującą spełnienie wszystkich wymagań PFU, pozwalającej osiągnąć wymaganą przepustowość oraz zapewni maksymalne wykorzystanie istniejących obiektów, a jednocześnie zamawiający uzyska niższe koszty inwestycyjne i eksploatacyjne. Wywodził, że zamawiający zgodził się na powyższe rozwiązanie godząc się jednocześnie na obniżenie kosztów inwestycji, co zostało uwzględnione w ofercie odwołującego.

Biorąc pod uwagę rodzaj zleczanych prac polegających na zaprojektowaniu i wykonaniu remontu i modernizacji istniejącego obiektu, swobodę wyboru po stronie wykonawcy zakresu ewentualnego projektowania i realizacji prac budowlanych (istotnych z punktu widzenia udzielonego zamówienia), nie sposób dokonywać porównania złożonych ofert i na tej podstawie dopatrywać się po stronie odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji. W istocie wyłącznie od innowacyjności oraz przyjętych przez wykonawcę rozwiązań technicznych, projektowych i technologicznych zależy rzeczywisty koszt planowanej inwestycji. Mając na uwadze fakt, że zamawiający nie domagał się od oferentów szczegółowych obliczeń ceny np. w postaci kosztorysów, stwierdzić należy, iż odrzucenie oferty odwołującego nie miało żadnych podstaw faktycznych.

Odwołujący wywodził, że zlecił zbadanie swojej oferty pracownikowi naukowemu Politechniki Koszalińskiej posiadającemu uprawnienia zarówno projektowe jak i wykonawcze, będącego biegłym sądowym na liście Prezesa Sądu Okręgowego w Koszalinie, który w analizie technicznej stwierdził, iż przygotowana przez odwołującego oferta nie zawiera niskiej ceny. Niższa cena od oczekiwanej przez zamawiającego wynika z innowacyjności przyjętych przez odwołującego technologii oraz z dostosowania się do wymogów zamawiającego o maksymalnym możliwym wykorzystaniu istniejących obiektów. Natomiast zamawiający szacując koszty inwestycji bazował na kalkulacjach kosztów wykonania tradycyjnej technologii. Przywołał w tym zakresie postanowienia SIWZ, a także wnioskował o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka, z załączonej do odwołania opinii technicznej z dnia 28.04.2012r, tabeli pn. Budżet OS Sulejówek. Porównując wartości robót przyjętych przez odwołującego z wartością robót firmy Melbud S.A. (którego oferta została wybrana jako najatrakcyjniejsza) w zasadzie w poz. nr 5 - Roboty budowlane i instalacyjne oferta Melbud jest droższa od oferty odwołującego o 1.897.733,50 zł (co pochłania niemalże w 100 % różnicę w ostatecznej cenie ofertowej). Różnica ta jest spowodowana tym, że odwołujący zastosował technologię SBR, która nie wymaga wykonania tak wielu robót

budowlanych jak to jest w przypadku technologii przepływowej przyjętej przez firmę Melbud. Technologia SBR umożliwia bowiem prowadzenie wszystkich biologicznych procesów oczyszczania w jednym zbiorniku i nie wymaga to budowania wydzielonych zbiorników dla każdego procesu. Znaczną oszczędność w robotach budowlanych ze strony odwołującego dał pomysł z zastosowaniem mechanicznego zagęszczania osadu przed zbiornikiem tlenowej stabilizacji osadu, który umożliwia ponad 6-krotne zmniejszenie wymaganej kubatury komory. Powyższe rozwiązanie technologiczne dopuszczone przez zamawiającego przyniosło oszczędność na robotach budowlanych na sumę 1.138.097,00 zł w poz. 3.6. Zgodnie z SIWZ zamawiający dopuścił również wykorzystanie niektórych istniejących urządzeń. Odwołujący podczas wizji lokalnej oraz po wykonaniu obliczeń sprawdził i potwierdził możliwość wykorzystania istniejących urządzeń w nowej technologii. Tym samym konkurencyjność oferty odwołującego wobec Melbud zwiększyła się o kwotę 563.321,00 zł poz. 3.4 i 3.7 z powodu braku konieczności wymiany istniejących dmuchaw oraz instalacji do odwadniania osadu. Odwołujący wywodził także, że posiada własne biuro projektowe, którego projektanci posiadają duże doświadczenie w projektowaniu oczyszczalni SBR (w tym m.in. wg standardów FIDIC zaprojektuj i wybuduj). Współpraca doświadczonych projektantów i kierownika budowy pozwala znacznie obniżyć koszty projektowania, przez co oferta w poz. 3 -Prace projektowe jest tańsza o 130.000,00 zł od oferty Melbud.

Odwołujący wywodził, że w dniu 30 maja 2008 roku zawarł z Gminą Darłowo umowę nr 313/OG/2008, w ramach której zobowiązał się do wykonania budowy oczyszczalni ścieków w Rusku o wydajności docelowej $Q_{srd} = 3.156\text{m}^3/\text{dobę}$. Całość kontraktu została wyceniona na kwotę 12.187.434,00 zł brutto, z czego po odjęciu robót, których zamawiający nie wymaga w zakresie modernizacji O.Ś. Sulejówek (m.in. punkt zlewczy, roboty konstrukcyjne nowych reaktorów biologicznych, wykonanie nowego budynku socjalnego, wykonania dróg i placów itp.) pozostałe opiewały na wartość 6.332.654,00 zł brutto. Tym samym wskazać należy, iż cena ofertowa złożona do zamawiającego jest znacząco wyższa od ceny ww. robót. Na uwagę w tym miejscu zasługuje fakt, iż pod koniec 2008 roku nastąpiły globalne zawirowania gospodarcze, których skutkiem były m.in. obniżenie kosztów działalności firm, chętniej stosowane przez dostawców materiałów i urządzeń rabatów i obniżek. Dodatkowo ww. oczyszczalnia była budowana całkowicie od podstaw (nie było istniejących obiektów i urządzeń do wykorzystania tak jak ma to miejsce dla O.Ś. Sulejówek) zaś układ technologiczny składał się aż z trzech równoległych ciągów technologicznych (w Sulejówku wymaga się tylko dwóch). Na poparcie swego twierdzenia wnioskował o przeprowadzenie dowodu z umowy nr 313/OG/2008 wraz z aneksem nr 2 i harmonogramem rzeczowo -finansowym, wykaz robót równoważnych na oś Rusko pn. „Budowa Oczyszczalni ścieków w Rusku” - Roboty budowlane, dowodu z zeznań świadka, opinii technicznej z dnia 28.04.2012 r., oraz opinii biegłego.

Niezależnie od powyższego odwołujący wywodził, że z racji wieloletniej działalności posiada indywidualne rabaty cenowe u dostawców materiałów i urządzeń służących wykonaniu inwestycji. Powoduje to również atrakcyjność jego oferty cenowej. Podobnie jest z podwykonawcami robót. Na poparcie swego twierdzenia odwołujący załączył do odwołania i wnioskował o przeprowadzenie dowodu z dokumentów: ofert dostawców materiałów i ofert podwykonawców.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy, który złożył ofertę korzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert od oferty wybranej prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była korzystniejszą od wybranej ustalenie, iż zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do uchylecia tej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za niezasadne.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę w wysokości 10.040.000,00 zł netto, tj. 12.349.200,00 zł brutto (s. 5 protokołu postępowania). W postępowaniu złożono 11 ofert z następującymi cenami: konsorcjum Ecol-Unicon sp. z o.o. i

Bio-Tech sp. z o.o. – z ceną 11.597.546,00 zł netto, odwołujący – z ceną 6.621.000,00 zł netto, Awbud S.A. - z ceną 10.689.289,39 zł netto, konsorcjum Hydrobudowa Gdańsk S.A. i Eco Tech sp. z o.o. - z ceną 9.956.093,89 zł netto, Melbud S.A. - z ceną 8.824.990,00 zł netto, konsorcjum Ekolbud S.A. i Instal-Rem S.A. - z ceną 13.114.995,33 zł netto, Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe RemWil sp. z o.o., PPUH Arbud sp. z o.o., Veolia Water System sp. z o.o. - z ceną 12.790.000,00 zł netto, CTE Carbotech Engineering S.A. - z ceną 10.478.770,73 zł netto, Biogradex-Holding sp. z o.o. - z ceną 7.000.000 zł, Eko-MTK sp. z o.o. - z ceną 11.997.558,73 zł netto, konsorcjum Eko-BUS Grzelczyk Woreta sp.j., CMM PPU Andrzej Czarkowski, Zakład Wielobranżowy Skarbek Danuta Skarbek - z ceną 9.657.078,24 zł netto (protokół postępowania, s.6-7).

Zamawiający po analizie złożonych ofert wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (pismo zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2012 r.).

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach (pismo z dnia 12 kwietnia 2012 r.) podał następujące okoliczności mające wpływ na wysokość ceny:

- *ceny materiałów i urządzeń zostały przyjęte zgodnie z ofertami naszych długoletnich partnerów (producentów urządzeń). Wieloletnia współpraca i wzajemne zaufanie wykreowało preferencyjne warunki zakupu urządzeń, uwzględniające wysokie rabaty od cen katalogowych,*
- *ceny sprzętu zostały przyjęte na minimalnym poziomie, gdyż posiadamy własny niezbędny sprzęt do realizacji niniejszego zamówienia. Ponadto powyższy sprzęt jest w całości zamortyzowany i splecony co obniża koszty własne,*
- *wartość robocizny została przyjęta zgodnie ze stawkami określonymi w umowach o pracę oraz oszacowaniem ilości roboczogodzin przewidzianych na realizację niniejszego zamówienia.*

Przechodząc do rozpoznania podniesionych przez odwołującego zarzutów w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że brak jest definicji legalnej ceny rażąco niskiej. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne i nie można ustalić ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. W orzecznictwie przyjmuje się natomiast, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Podzielono stanowisko wyrażone w wyroku SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, oraz że rażąco niska

cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Stanowisko takie podzielane było również w orzecznictwie Izby „*Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartości. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.*” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09). Izba podziela pogląd, że oceny przesłanek zaoferowania rażąco niskiej ceny należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż „*Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.*” (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08). Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak analogicznej definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu zasadności wezwania go do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Niezależnie od tej okoliczności Izba stwierdziła, że rozpiętość cen ofertowych oraz to, że cena oferty odwołującego istotnie różniła się od średniej cen zaoferowanych w postępowaniu, uprawniała zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl przywołanego przepisu 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. Dostrzeżenia wymaga, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Domniemanie to upada z chwilą wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Z momentem

wezwania to na wykonawcy spoczywa obowiązek ujawnienia czynników, które umożliwią zamawiającemu prawidłową weryfikację biorąc również pod uwagę wskazówki wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego oświadczenia, że wykonawca wykona zamówienia za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być one poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co do konieczności złożenia przez wykonawcę wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień podzielono stanowisko wyrażane wcześniej w orzecznictwie. *Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej* (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06). *„Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art.90 ust.3 pzp”.* (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej wymogów nie spełniły wyjaśnienia, które odwołujący złożył zamawiającemu. Nie było spornym pomiędzy stronami, iż odwołujący zarówno w treści złożonej oferty jak i w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie wskazał zysku jaki założył na wykonaniu przedmiotu zamówienia. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sposób nad wyraz lakoniczny podał tylko następujące okoliczności mające wpływ na wysokość ceny:

- ceny materiałów i urządzeń zostały przyjęte zgodnie z ofertami naszych długoletnich partnerów (producentów urządzeń). Wieloletnia współpraca i wzajemne zaufanie wykreowało preferencyjne warunki zakupu urządzeń, uwzględniające wysokie rabaty od cen katalogowych,
- ceny sprzętu zostały przyjęte na minimalnym poziomie, gdyż posiadamy własny niezbędny sprzęt do realizacji niniejszego zamówienia. Ponadto powyższy sprzęt jest w całości amortyzowany i spłacony co obniża koszty własne,
- wartość robocizny została przyjęta zgodnie ze stawkami określonymi w umowach o pracę oraz oszacowaniem ilości roboczogodzin przewidzianych na realizację niniejszego zamówienia.

Wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za wyjątkowo ogólne, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie nawet próby przesądzenia, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Wykonawca posłużył się ogólnymi sformułowaniami, nawiązującymi do nieskonkretyzowanych okoliczności w oparciu o które nie sposób wywieść, jakie w istocie elementy cenotwórcze uwzględniono w cenie a także, w jaki sposób zasygnalizowane przez odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności (oszczędności i brak potrzeby ponoszenia wyszczególnionych wydatków, jak np. preferencyjne warunki zakupu, amortyzacja i spłacenie sprzętu) przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Z wyjaśnień tych nie wynika również, iż odwołujący założył jakikolwiek zysk na inwestycji. Na podstawie tak sformułowanych wyjaśnień zamawiający nie mógł w żaden sposób przeanalizować poprawności kalkulacji ceny, a w konsekwencji zamawiający nie miał żadnych podstaw do ustalenia, czy ma ona charakter rynkowy. Co więcej, odwołujący w treści odwołania sam przyznał, że wyjaśnienia przedstawione przez niego zamawiającemu były niepełne, zaś w trakcie rozprawy przyznał, że zarówno w ofercie jak i w wyjaśnieniach nie wskazał istotnego składnika cenotwórczego jakim jest zysk (marża).

W miejsce szczegółowych wyjaśnień, które odwołujący winien złożyć zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie odwołujący wniósł odwołanie. Jednakże kalkulacja znajdująca się dopiero w odwołaniu i składane na jej poparcie dowody nie mogły zastąpić samych

wyjaśnień, które winny zostać złożone w toku badania i oceny ofert. W świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca ma bowiem obowiązek złożyć wyjaśnienia w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Dopuszczenie możliwości złożenia wyjaśnień dopiero na etapie postępowania odwoławczego stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, oznaczałoby przedłużenie prawa do ich złożenia poza termin wyznaczony przez zamawiającego z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga również, iż w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów, czy wyjaśnień składanych zamawiającemu a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza – w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może, jeśli umowa nie została zawarta, uwzględniając odwołanie nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności zamawiającego. Zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez niego w trakcie badania i oceny ofert i prawidłowość tej oceny jest przedmiotem badania na skutek wniesionego odwołania. Zatem przedstawienie przez wykonawcę w toku postępowania odwoławczego, a więc po dokonaniu przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert nowych wyjaśnień i dowodów mających świadczyć o tym, iż cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską i że złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji nie mogło podlegać ocenie zamawiającego, w konsekwencji również Izby. Zatem Izba uznała je za nieistotne dla rozstrzygnięcia odwołania w zakresie podniesionych zarzutów.

Z tego powodu nie mogły być wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu załączone przez odwołującego do odwołania nowe wyjaśnienia mające świadczyć o poprawności kalkulacji ceny i składane na ich poparcie dowody tj. opinia techniczna z dnia 28.04.2012 r., oferty dostawców materiałów, oferty podwykonawców, tabela pn. Budżet OS Sulejówek. Z tych samych względów nie mogły zostać również uwzględnione wnioski odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka czy dowodu z opinii biegłego.

Co do braku możliwości złożenia dopiero na etapie postępowania odwoławczego wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podzielono stanowisko wyrażane w orzecznictwie sądów okręgowych. *„Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków i zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (..) terminu udzielonemu do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe*

zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłaby do naruszenia art. 90 ust. 3 pzp, z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez (...) na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.” „ Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art.90 ust. 1 pzp powtórne umożliwienie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji. (Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08).

„W ocenie Sądu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty” (Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09).

W konsekwencji stwierdzono, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - wymienił elementy kalkulacyjne ceny, w tym zysk i wykazał, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. Powyższe obligowało zamawiającego do odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie potwierdził się zatem podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a finalnie - także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: