

WYROK
z dnia 20 maja 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2016 roku przez wykonawcę **Stocznię Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Stocznia Remontowa NAUTA S.A. z siedzibą w Gdyni** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego Stocznnię Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni** i: zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Stocznnię Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni** 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

5 maja 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015, Nr 2164) zwaną dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Stocznia Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie „Naprawy głównej i dokowej MOR 421” prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 132-244217 z dnia 11.07.2015 r.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wybranego Wykonawcy: do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawcę Stocznnię Remontową Nauta Spółka Akcyjna w Gdyni jako zawierających rażąco niską cenę do całości przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w postępowaniu, ponieważ oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru Wykonawcy;
2. odrzucenie oferty złożonej przez Stocznnię Remontową „Nauta” S.A.;
3. wybór oferty Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej (SMW S.A.);
4. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów związanych z uczestnictwem w posiedzeniu przez Krajową Izbą Odwoławczą;
5. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego kosztorysanta połączonego z dowodem z ksiąg przedsiębiorstwa w celu zbadania, czy cena ryczałtowa zawarta w ofercie, w konsekwencji zaoferowanie wynagrodzenie pozwoli na wykonanie zlecenia poniżej kosztów, czy też z zyskiem.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 25.04.2016 r. Termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy UZP.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że nie zgadza się z wynikami oceny ofert i wskazał, co następuje:

W prowadzonym postępowaniu przetargowym Stocznia Remontowa „Nauta” S.A. złożyła ofertę na przedmiot zamówienia w wysokości 39 975 981,00 zł. Zaoferowana cena jest ceną dumpingową, gdyż nie pozwala na pokrycie kosztów wykonania zakresu prac określonego w OPZ stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Dla przeprowadzenia przedmiotowej naprawy konieczne jest zaangażowanie zagranicznych podmiotów, których udział - na podstawie złożonych dla SMW S.A. ofert - wynosi 33 335 683,24 zł. Udział firm przedstawiał Odwołujący w tabeli.

Zamawiający, zgodnie z zapisami Wykazu Prac Naprawczych, wymaga dodatkowej fuzji zobrazowania na ekranach konsoli systemu TACTICOS. Do oferty w przedmiotowym postępowaniu SMW S.A. przyjęła kwotę zaoferowaną przez firmę Thales na ORP Piorun (422) w ofercie z dnia 16.06.2015 r. Thales określił ww. cenę jako ROM price, czyli stanowiącą 75% szacowanej wartości zamówienia.

Kolejną znaczącą kosztowo pozycją jest wykonanie naprawy armaty AK-176M (poz. 24 Wykazu Prac Naprawczych). Bazując na ofercie firmy Alfa sp. z o.o., otrzymanej e- mailem 3 grudnia 2014 r., to koszt tych prac kształtuje się na poziomie 2 295 000 zł.

Uwzględniając powyższe kwoty, to udział podwykonawców w zakresie kształtuje się na poziomie 35,6 mln zł, tj. stanowi 89 % wartości oferty Stoczni Remontowej Nauta S.A. Zważywszy na to, że przedmiotem zamówienia nie są wyłącznie wskazane powyżej prace, a naprawa główna i dokowa okrętu obejmująca swym zakresem również kompleksowe prace z działu kadłubowego, mechanicznego, elektrycznego, nawigacyjnego, raketowo-artyleryjskiego, łączności, obserwacji technicznej i ogólnookrętowego, a także mając na względzie koszt postoju jednostki w Stoczni przez okres 550 dni, stwierdzić można, że oferta Stoczni Remontowej „Nauta” S.A. nie jest wystarczająca na pokrycie kosztów wykonania naprawy.

Ponadto w czasie prób może okazać się, że niesprawność systemu TACTICOS, z którym zintegrowana jest 76,2 mm uniwersalna armata morska AK-176M szt. 1 oraz 30 mm uniwersalna armat morska AK-630M szt. 1, uniemożliwia wykonanie pełnego zakresu sprawdzeń wg Wykazu Prac Naprawczych. Wówczas konieczne będzie zaangażowanie firmy Thales do ewentualnych napraw i regulacji. W takim wypadku zajdzie konieczność poniesienia dodatkowych wydatków na poziomie 1135 000 Euro x 4,2533 zł = 4 827 495,50 zł.

Nadmienić należy, że umowa ma charakter ryczałtowy.

W kontekście przedstawionych okoliczności wskazać należy, iż zawarte w odwołaniu argumenty wskazują na zaistnienie podstaw do powzięcia wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny, które powinny znaleźć wyraz w wezwaniu do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jediną legalną wskazówką przy definiowaniu tego pojęcia są zatem stwierdzenia zawarte w ust. 1 art. 90. Pierwsze z nich nakazuje przy ustalaniu rażąco niskiej ceny brać pod uwagę cenę oferty. Na tej podstawie ukształtowało się jednolite orzecznictwo, które wypracowało stanowisko, iż punktem wyjścia do rozważań o rażąco niskiej cenie może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia (zob. np, wyr. KIO z 12.8.2009r., KIO/UZP 963/09, Legalis). Zatem nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie rażąco niskiej ceny w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, czy niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym, jeżeli cena całkowita oferty nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen innych ofert i ogólnie rzecz ujmując od cen rynkowych. Tezę tę podtrzymuje też piśmiennictwo. S. Babiarz twierdzi, że „nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów lub określonej części oferty odbiega od cen rynkowych, nie świadczy to o rażąco niskiej cenie całej oferty” (Babiarz, Komentarz, s. 427). Z kolei W. Dzierżanowski wskazuje, przywołując przy tym orzeczenia zespołu arbitrów, KIO i SO, że nie może być powodem odrzucenia oferty „zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę” (w: Stachowiak, Komentarz, s. 403).

Brak do niedawna odpowiednich przepisów skłaniał organy orzekające do posługiwania się różnymi metodami przy określaniu pojęcia rażąco niskiej ceny. W wyroku z 19.6.2006 r. (UZP/ZO/0-1711/06, Legalis) zespół arbitrów stwierdził, że oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. W innym wyroku zespół arbitrów stwierdził, iż rozbieżności pomiędzy ceną badaną a wartością szacunkową zamówienia, powiększoną o podatek VAT, wynoszące od 20 do 40%, uzasadniają zakwalifikowanie ceny jako rażąco niskiej (wyrok z 19.6.2007 r., UZP/ZO/0-696/07). Z kolei KIO w wyroku z 28.10.2010r. (KIO/UZP 2242/10) podkreśliła, iż cena, której poziom został określony w wysokości 50% wartości zamówienia, stanowi niezaprzeczalną podstawę do stwierdzenia, że zachodzą uzasadnione podstawy do uznania tejże, za rażąco niską cenę.

Dopiero nowelizacją z 29.8.2014 r. ustawodawca zdecydował się na precyzyjne określenie jednego z elementów, który powoduje konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Element ten ma decydujące znaczenie, a jednocześnie nie budzi wątpliwości ocennych, gdyż jest wyliczany matematycznie. Oczywiście jest też możliwość badania rażąco niskiej ceny bez zaistnienia 30% różnicy w cenie oferty w porównaniu do innych wskaźników, ale wtedy taka decyzja w przeważającym stopniu opiera się na czynnikach uznaniowych.

Kolejna kwestia to domniemanie rażąco niskiej ceny. Konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 pozwala na postawienie tezy, iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co obecnie wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień. Za taką koncepcją opowiadała się też wielokrotnie KIO. I tak, w wyroku z 24.6.2010r. (KIO/UZP 1157/10, niepubl.) Izba stwierdziła, iż "wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy". Wcześniej takie stanowisko Izba zajmowała w wyroku z 17.10.2008 r. (KIO/UZP 1068/08, Legalis) i z 23.12.2008 r. (KIO/UZP 1443/08, Legalis), stwierdzając, iż wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie prawne (*preasumptio iuris*) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę (tak SO w Częstochowie w wyr. z 1.4.2005 r., VI Ca 464/05, niepubl.). Wykonawca powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i powinien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę (wyr. KIO z 26.1.2010 r., KIO/UZP 1701/09, niepubl.).

Uznanie żądania wyjaśnień za domniemanie prawne oznacza przerzucenie ciężaru dowodu w sprawie rażąco niskiej ceny oferty na wykonawcę. Tak też uczynił ustawodawca w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Dlatego to wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Ponieważ ich celem jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Jak stwierdził SO w Warszawie w wyroku z 5.1.2007 r. (V Ca 2214/06, niepubl.), nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem sądu, „intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu

instytucji wyjaśnień w trybie art. 90 PrZamPubl było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny”. Takie stanowisko wynika pośrednio z art. 90 ust. 3, a zupełnie jednoznacznie z ust. 4 (tak m.in. Babiarz, Komentarz, s. 429; Pieróg, Komentarz, s. 328). Skutkiem tego jest obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone, albo swoją lakonicznością i brakiem wskazania obiektywnych czynników potwierdzą, iż przyjęte domniemanie rażąco niskiej ceny jest zasadne. Podobne zdanie wyrażała wielokrotnie KIO, podnosząc w wyrokach, iż wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaoferowanej ceny (np. wyr. z 23.12.2008 r., KIO/UZP 1443/08, Legalis) oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca nie będzie ponosił strat (wyr. z 28.1.2010 r., KIO/UZP 1746/09, Legalis). Wskazano też, że „cena nawet znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet od cen innych wykonawców, nie musi być ceną rażąco niską, o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana” (wyr. z 19.1.2010 r., KIO/UZP 1902/09, Legalis).

Za słuszne należy uznać stanowisko, iż przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień, które są niepełne lub niejasne albo nie na temat, stanowi naruszenie art. 90 ust. 3 (Babiarz, Komentarz, s. 429). W konsekwencji tego inni uprawnieni wykonawcy mogą w postępowaniu odwoławczym żądać odrzucenia wybranej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odnosnie treści wyjaśnień wskazać należy, iż Ustawodawca, nadając wyjaśnieniom udzielonym przez wykonawcę znaczną doniosłość prawną, ustalił jednocześnie w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp elementy, które w zasadniczym stopniu wpływają na ocenę, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Elementy te wymienione zostały przykładowo, co oznacza, że wyjaśnienia mogą zawierać też inne elementy tłumaczące wysokość zaproponowanej ceny. Elementy wymienione w ustawie mają jednak charakter niemalże obligatoryjny i wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien odnieść się do wszystkich tych elementów. Zatem przepis art. 90 ust. 1 pkt 1 niejako podpowiada, co może być usprawiedliwieniem dla niskiej ceny.

W opisanych powyżej okolicznościach faktycznych i prawnych Odwołujący zdołał wykazać pomimo obowiązku wykonawcy oferującego najniższą cenę, iż jej wysokość jest rażąco zaniżona, co uzasadnia zarzut naruszenia przepisów opisanych na wstępie.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił jak w treści odwołania oraz we wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwań Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 9 maja 2016 roku odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Stocznia Remontowa Nauta Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni**. Izba uznała, że przystąpienie spełniało wymogi formalne i było skuteczne. Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania.

W dniu 17 maja 2016 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił on zarzuty odwołania. Zamawiający wskazał, że dokonał ponownej analizy oferty przystępującego i przeanalizował złożone przez Przystępującego wyjaśnienia z dnia 12 kwietnia 2016 roku i doszedł do przekonania, iż nie może ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że cena zawarta w ofercie Przystępującego nie jest rażąco niska. Jedynie na marginesie zauważył, że nieprawdziwy jest zarzut Odwołującego, iż Zamawiający nie wzywał Przystępującego do wykazania, że cena oferty pozwala na wykonanie zamówienia. Pismem z dnia 11 kwietnia 2016 roku Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i podwykonawstwa. W odpowiedzi Przystępujący przedstawił wyjaśnienia, które w ocenie Zamawiającego nie są wystarczające do przyjęcia, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Przystępujący w dniu 19 maja 2016 roku złożył oświadczenie, iż zgłasza sprzeciw wobec czynności Zamawiającego w przedmiocie uwzględnienia odwołania. Wraz z pismem procesowym Przystępujący przedstawił obszerną argumentację merytoryczną w zakresie prawidłowości kalkulacji ceny oferty i złożył dowody na powyższe twierdzenie.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że:

Jak wynika z protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (druk ZP-1) Zamawiający przeznaczył na realizację zadania 49 620 749, 97 zł. Cena oferty Przystępującego wynosiła 39 975 981,00 zł, zaś cena oferty Odwołującego opiewała na kwotę 89 790 506, 44 zł.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2016 roku Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ kwota w ofercie Przystępującego jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich cen ofertowych złożonych w postępowaniu.

Przedstawione wyjaśnienia miały odnosić się do wszystkich elementów mających wpływ na cenę oferty i innych kalkulacji cen wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia i zakresu umowy.

Zamawiający podkreślił, że podczas oceny wyjaśnień będzie brał pod uwagę:

- przedstawione dowody (np. oferty producentów, kooperantów, dostawców urządzeń, zespołów, materiałów, które będą montowane na okręcie MOR 421);
- wyjaśnienia dotyczące oszczędności metod wykonania, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków;
- wyjaśnienia w zakresie przewidywanych kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia;
- wyjaśnienia dotyczące wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przystępujący złożył wyjaśnienia, gdzie wskazał, że cena ofertowa została skalkulowana w oparciu o realizowany przez Stocznię na rzecz komendy Portu Wojennego w Gdyni remont bliźniaczej jednostki o nr burtowym 422 (umowa nr 709/FIN/2015). Kalkulacja cenowa opierała się na bieżących kosztach oraz podpisanych umowach z podwykonawcami w tożsamych punktach WPN dla obu jednostek. W celu obniżenia kosztów zastąpiono w realizacji niektórych punktów WPN podwykonawców zagranicznych podmiotami z rynku rodzimego (np. Thales Nederlanden BV na Else Technical and Research Service Co. Ltd Sp. z o.o., czy Siltec Sp. z o.o.). Zwrócono uwagę, że w związku z realizacją umów na remonty MOR 423, MOR 422 wykonawca ma możliwość dokładnego określenia

zagrożeń, problemów związanych z realizacją zakresu prac oraz oszacowania wynikających z tego kosztów w odniesieniu do remontu MOR 421.

Zgodnie z ofertą cena roboczogodziny wynosi 80 zł, a zakres prac dopuszcza weryfikację pozycji (np. pkt 46 WPN – system Link11), co prowadzi do obniżenia ceny.

Końcowo Przystępujący podkreślił, że w odniesieniu do budżetu Zamawiającego, cena złożonej oferty oszacowana jest rzetelnie na podstawie WPN oraz odpowiada poziomowi cen zaproponowanych przez innych wykonawców w podobnym zamówieniu (np. remont MOR 421) dla Marynarki Wojennej w 2015 roku.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż

wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, w sytuacji, kiedy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, w szczególności kiedy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich cen złożonych w postępowaniu, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Zauważyć jednak należy, iż wezwanie to nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający oceniając czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały. W przedmiotowej sprawie, w ocenie składu orzekającego Izby szczegółowość wezwań była wystarczająca. W każdym z wezwań Zamawiający określił podstawę prawną, z którą związane jest wystosowanie wezwania. Wykonawca wiedział więc (a przynajmniej jako profesjonalista, powinien był wiedzieć), że wątpliwości Zamawiającego związane są z możliwością wystąpienia ceny rażąco niskiej. Pierwsze z wezwań związane było z obowiązkiem złożenia kosztorysu szczegółowego

i w ocenie Izby nie mogło być bardziej rozbudowane, ponieważ Zamawiający nie znał w danym momencie założeń wyceny oferty przez Wykonawcę. Drugie z wezwań było bardzo szczegółowe, po analizie otrzymanego kosztorysu Zamawiający precyzyjnie określił jakie składniki wyceny budzą jego wątpliwości i do jakich elementów cenotwórczych wykonawca winien się odnieść.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy pierwszej kolejności, że Zamawiający zastosował procedurę wynikającą z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Oznacza to, że wskazywany w odwołaniu zarzut naruszenia tego przepisu nie mógł zostać uwzględniony, zwłaszcza, że Odwołujący wskazywał na naruszenie regulacji przez zaniechanie jej zastosowania. Zamawiający wystosował do Przystępującego wezwanie, a więc uczynił zadość nałożonym na niego obowiązkom.

Co do kwestii samego wezwania do złożenia wyjaśnień, to wezwanie miało charakter ogólny, nie wskazywało, które elementy oferty wzbudziły u Zamawiającego wątpliwości i co do których elementów Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Powyższa okoliczność ma o tym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu, ponieważ wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą szczegółowo wypełnionego Wykazu Prac Naprawczych (WPN). Wykaz ten zawierał szczegółowy opis kolejnych czynności do wykonania, określał ilość przyjętych roboczogodzin przez wykonawcę do wykonania poszczególnych napraw, wskazywał na materiały, stawkę roboczogodziny,

konieczne uczestnictwo podmiotów trzecich. Tymczasem Zamawiający w wezwaniu ograniczył się jedynie do kwestii różnicy średniej arytmetycznej między ofertami, która przekroczyła próg 30%, co zgodnie z przepisem obligowało Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Istotne jest również, że postępowanie prowadzono w trybie dwustopniowym, przy uwzględnieniu regulacji związanych z dyrektywą obronną, a więc Zamawiający miał możliwość wymagania od wykonawców większej liczby informacji istotnych z punktu widzenia postępowania, na przykład w zakresie podwykonawców. Na etapie składania z ofertą WPN Zamawiającemu znani byli wszyscy podwykonawcy i zakres ich prac, które będą wykonywali. Zamawiający wiedział więc w których pozycjach WPN przewidziane powinno być wynagrodzenie i koszty związane z podwykonawstwem, natomiast wezwanie do wyjaśnień nie wskazywało na jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego odnośnie tej części kalkulacji ceny oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach przedstawił dość szczegółowe stwierdzenia, odwoływał się bowiem choćby do umów uprzednio realizowanych na rzecz prac przedmiotowo zbliżonych do przedmiotu tego zamówienia. Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne” dowody, czy też jakiegokolwiek wyliczenia ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. W ocenie składu orzekającego Izby takie właśnie okoliczności w swoich wyjaśnieniach wykonawca Przystępujący przedstawił. Niewątpliwie posiadanie wcześniejszych doświadczeń w realizacji prac o podobnym charakterze może przełożyć się cenę oferty z uwagi na znajomość specyfiki obiektów co daje możliwość rozplanowania i organizacji prac.

Za prawidłowością złożonych wyjaśnień przemawiała również okoliczność, że dotyczą one kosztów tego konkretnego postępowania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący podał konkretne stawki, uwzględnił niezbędne ryzyko przy realizacji przedmiotu zamówienia, uwzględnił także inne elementy cenotwórcze, do których nie odnosiło się odwołanie. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie w żaden sposób nie odniósł się do stawek wynikających z oferty i wyjaśnień. Nie zanegował wartości przyjętych roboczogodzin do naprawy poszczególnych elementów obiektu. Takich wątpliwości przy ocenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie miał również Zamawiający, który uznał złożone wyjaśnienia za wystarczające i dokonał wyboru oferty Przystępującego. Odwołujący nie odniósł się także do wynikającej z wyjaśnień,

a przyjętej do kalkulacji ceny oferty okoliczności wykonywania prac o podobnym charakterze na podobnych obiektach przez Przystępującego.

Nie można nie zauważyć, iż o wezwaniu zdecydowała zapewne jedynie przesłanka arytmetycznej różnicy, której nie można stosować bezkrytycznie. Zamawiający przy tak dużej różnicy cenowej między ofertami powinien był przeprowadzić pogłębioną analizę dlaczego do takiego zjawiska doszło i jakie czynniki mogły mieć na to wpływ oraz czy czynnikiem takim mogły być przyjęte przez którego z wykonawców nieprawidłowe założenia do wykonania części prac, także z udziałem podwykonawców. Zamawiający zaniechał jednak tych czynności, skupiając się jedynie na matematycznej różnicy. Oczywistym jest, że w przypadku małej lub dużej liczby ofert w postępowaniu, niska lub zawyżona cena jednej z tych ofert niewątpliwie wpływa na średnią cenę wszystkich ofert i staje się sztucznym odniesieniem do badania ceny rażąco niskiej.

W ocenie Izby Przystępujący złożył takie wyjaśnienia, jakie otrzymał wezwanie. Choć to wykonawca jest odpowiedzialny za formalny i materialny sposób przedstawienia wyjaśnień, to podstawą wyjścia do złożenia wyjaśnień jest wezwanie Zamawiającego, który powinien wyartykułować jakie elementy oferty jego zdaniem można podać w wątpliwość, a wykonawca może wskazać wtedy także na inne elementy, które mogły przełożyć się na cenę.

Jedyną natomiast okolicznością, na której skoncentrował się Odwołujący w odwołaniu było założenie, że część prac może wykonać jedynie firma Thales i inne podmioty, które jako jedyne mogą wykonywać naprawy gwarancyjne, a z uwagi na ofertę cenową tych firm, cena oferty Przystępującego wydawać mogła się za niska.

Dostrzeżenia wymaga, że ze złożonych wyjaśnień, a co więcej z WPN znajdującego się w ofercie, wynikało, że Przystępujący zdecydował o zastąpieniu podwykonawców zagranicznych (w tym Thales) podmiotami z rynku krajowego. Możliwości takiej Zamawiający w toku badania i oceny ofert w żaden sposób nie zanegował, czemu dał wyraz w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, bowiem przyjęcie takiego sposobu wykonania zamówienia nie stanowiło podstawy do uznania treści oferty za niezgodną z założeniami SIWZ. Co więcej, taką postawę Zamawiający prezentował również na rozprawie. Takiego zarzutu nie podniósł również w odwołaniu Odwołujący. Izba uznała więc, że przyjęty przez Przystępującego sposób wykonania zamówienia był wariantem możliwym i prawdopodobnym do zastosowania. To zaś niewątpliwie przełożyło się na niższą cenę oferty.

Odwołującemu nie udało się więc skutecznie zanegować i przedstawić innych okoliczności, które mogły przełożyć się na uznanie, że cenę oferty Przystępującego należy traktować jak rażąco niską. Myli się Odwołujący konstatując w odwołaniu i na rozprawie, że nie jest zobowiązany do przeprowadzania dowodów przeciwnych, iż wynikające ze

złożonych wyjaśnień i że ciężar udowodnienia, że w postępowaniu nie wystąpiła cena rażąco niska spoczywa jedynie na stronie Zamawiającej i Przystępującym. To Odwołujący zanegował treść złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień, wskazując, że przyjęte tam założenia są nierealne, nieprawidłowe. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, ową nierealność założeń Odwołujący winien wykazać. Dostrzeżenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie podjął jakiejkolwiek próby dowodowej. Przedstawił jedynie w odwołaniu szereg twierdzeń, nie popartych żadnymi materialnymi dowodami.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia mają charakter kompleksowy i rzeczowy, są odpowiedzią na ubogą treść wezwania do wyjaśnień poczynioną przez stronę Zamawiającą. Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów, a w tym zakresie wystarczające okazało się odwołanie do treści złożonych wyjaśnień. Choć Odwołujący podkreślał, że momentem dowodzenia prawidłowości kalkulacji powinien być moment wyznaczony przez Zamawiającego, to zauważyć należy, że wyjaśnienia złożone przy piśmie procesowym przez Przystępującego w zasadzie nie różnią się w treści od wyjaśnień przedstawionych Zamawiającemu. Przystępujący powołał się na tożsame okoliczności, które miały decydujący wpływ na cenę jego oferty. Pozostała zaś argumentacja jest polemiką z тезami odwołania.

Zdaniem składu orzekającego Przystępujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako wystarczające. Izba stwierdza, że Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Konkludując, mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatryła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Izba oddaliła wnioski o przeprowadzenie dowodów z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania prac remontowych jednostek pływających na okoliczność rynkowej roboczogodziny, ilości roboczogodzin wystarczających do wykonania przedmiotu zamówienia, wartości materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia i kosztów podwykonawstwa jako zgłoszony dla zwłoki i nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą zgłaszać dowody aż do zamknięcia rozprawy. Izba odmawia przeprowadzenia dowodu, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący i Zamawiający nie kwestionowali wysokości roboczogodziny, ilości przyjętych roboczogodzin, czy nakładów materiałowych. Przeprowadzenie zatem dowodu z opinii biegłego w przedmiotowym zakresie nie było pomocne do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, a zgłoszenie tego wniosku dowodowego służyć miało jedynie przedłużaniu postępowania odwoławczego. Za zgłoszony celem przedłużania postępowania odwoławczego należało także uznać wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego kosztorysanta połączonego z dowodem z ksiąg przedsiębiorstwa w celu zbadania, czy cena ryczałtowa zawarta w ofercie, w konsekwencji zaoferowane wynagrodzenie pozwoli na wykonanie zlecenia poniżej kosztów, czy też z zyskiem. Odwołujący bowiem nie przedstawił w tym zakresie jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej i nie podważył założeń przyjętych do kalkulacji ceny oferty, poza odniesieniem się do wynagrodzenia dla podwykonawców. Zbadanie zaś tego zagadnienia i jego ocena nie wymagała wiadomości specjalnych i mogła zostać dokonana na podstawie innego zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Izba oddaliła także wnioski o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków na okoliczność metody, sposobu, czynników cenotwórczych, cen rynkowych z uwzględnieniem wcześniejszych doświadczeń Przystępującego na rynku oraz uzyskania ofert od podwykonawców wymienionych we wniosku Przystępującego jako zmierzające do przedłużenia postępowania odwoławczego. Po pierwsze zauważyć należy, iż w przedmiocie sformułowanej tezy dowodowej Odwołujący nie postawił zarzutów (np. co do cen rynkowych, czy doświadczenia Przystępującego), inne zaś fakty potwierdzone zostały innymi środkami dowodowymi (złożone przy piśmie procesowym dokumenty co do ofert podwykonawczych).

Odnośnie kosztów należnych Przystępującemu w przypadku oddalenia odwołania rozpoznawanego z wniesienia sprzeciwu, to zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 Izba zasądza od Odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw uzasadnione koszty w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Takich rachunków Przystępujący do zamknięcia rozprawy nie przedstawił. Wobec powyższego Izba orzekła obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego strony Odwołującej ograniczając koszty do wysokości uiszczanego wpisu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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: