

**WYROK**  
**z dnia 22 listopada 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **1. J. O.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O.**, ul.(...), **2. S. G. sp. z o.o.**, ul. (...)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w K.**, ul. (...)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **1. A. I.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **F.T.U.H. „A.” A. I.**, ul.(...), **2. Z. W.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa I. E. Z. W.**, ul.(...), **3. H. Ł.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Wielobranżowy „H.” H. Ł.**, ul.(...), **4. B. Ł.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Ł. B. Z. W. „D.”**, ul.(...), **5. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „D(1)” Sp. z o.o.**, ul.(...) – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2.** kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **1. J. O.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O.**, ul.(...), **2. S. G. sp. z o.o.**, ul.(...), i:

**2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **1. J. O.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O.**,

ul.(...), 2. S. G. sp. z o.o., ul.(...), tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: 1. J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O., ul.(...), 2. S. G. sp. z o.o., ul. (...) na rzecz zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w K., ul. (...) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w K.**

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w K. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w K. z podziałem na części*”, numer referencyjny: O.KA.D-3.2413.45.2017, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2017 r. pod numerem 2017/S 146-301827.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: 1. J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O., 2. S. G. sp. z o.o. – wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w części nr 6 zamówienia pn. „*Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Zawierciu*”.

Zarzuty

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postaci uprzywilejowanego potraktowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. F.T.U.H. A. A. I., Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa I. E. Z. W., Zakład Wielobranżowy H. H. Ł., Zakład Wielobranżowy D. B. Ł. oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe D(1) sp. z o.o., zwanymi dalej „konsorcjum A.” i dokonania wyboru ich oferty w części 6 zamówienia jako najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 przez jego niezastosowanie i bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum A., pomimo że zaistniały ku temu ustawowe przesłanki;
3. art. 90 ust. 3 przez błędną ocenę wyjaśnień konsorcjum A. i zaniechanie odrzucenia jego oferty;

4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty konsorcjum A. jako najkorzystniejszej oferty w części 6 zamówienia i tym samym zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

#### Żądania

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy konsorcjum A. w części 6 zamówienia;
  2. wykonania zaniechanej czynności, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy konsorcjum A. w części 6 zamówienia jako zawierającej rażąco niską cenę;
  3. dokonania ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w części 6 zamówienia;
- oraz o:
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp), odwołujący żądał od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym żądaniem odwołania.

#### Interes w uzyskaniu zamówienia

1. Odwołujący oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w części 6 oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w części 6 zamówienia, która ostatecznie została sklasyfikowana na drugiej pozycji. W części 6 za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy konsorcjum A.. Więcej ofert w tej części nie złożono.
2. Odrzucenie, zgodnie z żądaniem odwołującego, oferty wykonawcy konsorcjum An- Bud w części 6 zamówienia spowoduje, że oferta odwołującego będzie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.
3. Nieprawidłowa decyzja zamawiającego i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum A. w części 6 zamówienia, pozbawiło odwołującego możliwości pozyskania zamówienia i korzyści z jego realizacji, co naraża odwołującego na poniesienie szkody.

Dowód: kopia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 6 z 31.10.2017 r.

#### Uzasadnienie

1. Zarzut naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

1.1. W części 6 zamówienia zostały złożone następujące oferty, przy czym wartość zamówienia w tej części została ustalona przez zamawiającego na kwotę 13 618 854,96 zł brutto:

- konsorcjum A. - 8 338 926,15 zł brutto; - odwołujący - 11 932 147,58 zł brutto;

oferta konsorcjum A. jest niższa aż o 38,77% od wartości zamówienia, określonej w tej części przez zamawiającego.

1.2. Z uwagi na występujące rozbieżności pomiędzy złożonymi ofertami, a ustaloną wartością zamówienia, zamawiający wezwał wykonawcę konsorcjum A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty (pismo zamawiającego z dnia 26.09.2017 r.). W piśmie tym zamawiający zwracając uwagę na wskazaną rażąco rozbieżność (zaniżenie o prawie 40%) oferty konsorcjum A. od wartości zamówienia oczekiwał „udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów” dotyczących wyliczenia ceny oferty konsorcjum A.. Ponadto, zamawiający w wezwaniu poprosił o „przedstawienie, w jaki sposób” wykonawca ten dokonał kalkulacji oferty, w tym również dla pozycji z Formularza cenowego dot. ciągnika z pługiem. Zamawiający oczekiwał wskazania, „jaki elementy/ czynniki miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oferty, w tym w/w pozycji”. Ponadto, zamawiający oczekiwał wyjaśnienia, czy wykonawca „uwzględnił w cenie oferty wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz koszty związane z realizacją zamówienia, w tym w szczególności: a) zapewnienie odpowiedniej ilości sprzętu i osób niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotowej Usługi; b) zatrudnienie na podstawie umowy o pracę (w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 Kodeksu pracy), w wymiarze czasu pracy adekwatnym do powierzonych zadań, osób wykonujących w ramach niniejszej Umowy czynności wykonywane przez operatorów sprzętu zimowego utrzymania i kierowców”.

1.3. Zamawiający w konkluzji wezwania zwrócił uwagę, że „wzywa do złożenia informacji w kwestiach wskazanych powyżej, ale również innych, które wykonawca uważa za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty”. Ponadto, zamawiający wprost wskazał, że te informacje i dowody mają stanowić „wystarczający materiał do sformułowania przez zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia.”

1.4. Wezwanie zamawiającego nie budzi wątpliwości, że zamawiający oczekiwał przedstawienia konkretnych informacji i dowodów wskazując: „... dlatego prosimy o przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów...”.

Dowód: wezwanie zamawiającego z dnia 26.09.2017 r.

1.5. Znamienne przy ocenie treści wezwania zamawiającego jest to, że zamawiający w wezwaniu, dwukrotnie wskazywał bezpośrednio, że oczekuje - obok wyjaśnień -

przedstawienia dowodów, chociażby „dotyczących wyliczenia ceny oferty...” (tak str. 1 wezwania).

1.6. Wykonawca konsorcjum A. złożył wyjaśnienia, które w zdecydowanym zakresie ograniczają się tylko do ogólnikowych stwierdzeń oraz co bardzo istotne - nie zawierają żadnego dowodu. Trudno uznać, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia są rzeczowe, a na pewno nie są - jak oczekiwał tego zamawiający - poparte stosownym materiałem dowodowym. Wykonawca do wyjaśnień załączył jedynie 10 bardzo ogólnych tabel, które ponadto zawierają nieprawdziwe informacje - nieznajdujące odzwierciedlenia w treści oferty wykonawcy. Tabele te mają tak ogólny charakter i zostały sporządzone na jednym - ogólnym wzorze, że nie mogą być w żaden sposób pomocne w ocenie prawidłowości kalkulacji oferty wykonawcy, a tym bardziej nie mogą stanowić oczekiwanych przez zamawiającego dowodów.

1.7. Wykonawca konsorcjum A. w wyjaśnieniach opierał się bardzo często na ogólnych tezach oraz mocno nieostrych sformułowaniach, czy też wręcz niejednokrotnie uchylając się od szczegółowych wyjaśnień, czy od przedstawienia oczekiwanych przez zamawiającego kalkulacji. Przykłady rażącego sposobu wyjaśnienia ceny oferty prezentuje poniższa tabela:

L.p. Wyjaśnienia konsorcjum A. - w wierszach: 1 - 9;

Uwagi/ wnioski (odwołującego) - w wierszach: Ad 1 - Ad 9:

1. „... wycena naszej oferty oparta jest na wieloletnim doświadczeniu poszczególnych konsorcjantów... Nadto od wielu lat realizujemy usługi o podobnym stopniu trudności i złożoności, a to pozyskane bogate doświadczenie pozwala nam na bardzo wiarygodne i rzetelne oszacowanie niezbędnych nakładów rzeczowych i finansowych” – tak pkt 1, str. 2 wyjaśnień.

Wykonawca wskazuje także, że „... długoletni okres funkcjonowania naszych firm na rynku oraz stabilna pozycja powoduje istnienie nikomej wrażliwości na wahania koniunkturalne w branżach związanych z transportem i utrzymaniem drogowym. Doświadczenie w świadczeniu usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia skutkuje właśnie prawidłową kalkulacją ceny oraz znacznie lepszym oszacowaniem przez nas ryzyka w porównaniu z innymi firmami” – tak pkt 6 wyjaśnień, str. 3.

Ad 1. Wykonawca wbrew wezwaniu nie przedstawia konkretnych informacji i dowodów, ale poprzestaje na ogólnych sformułowaniach, że kwota jest „wiarygodnie i rzetelnie” oszacowana. Wykonawca nie przedstawia w swoich wyjaśnieniach, a tym bardziej w załączonych tabelach żadnych informacji na temat nakładów rzeczowych, czy finansowych. Ponadto wykonawca - powołując się na „wieloletnie doświadczenie” - nie stara się w żaden sposób udowodnić tego doświadczenia, określając w szczególności, kiedy dokładnie, dla jakiego zamawiającego, jakie realizował zamówienie. Takie informacje - w kontekście ogólnikowych stwierdzeń - były niezbędne, w szczególności wobec

oczekiwania zamawiającego co do przedstawienia dowodów. Absolutnie niedopuszczalne jest w procedurze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - opartej faktycznie na postępowaniu dowodowym - podpieranie się wyłącznie na swoim niesprecyzowanym doświadczeniu i zastąpienie takimi ogólnikowymi, nieostrymi stwierdzeniami niezbędnego do pozytywnej weryfikacji ceny oferty wykonawcy materiału dowodowego, w tym szczegółowych kalkulacji. Obowiązek przedłożenia takich dowodów ma na celu poznanie założeń wykonawcy co do kalkulacji ceny oferty, sposobu przyjętej metodologii, aby następnie w kontekście przedłożonych dowodów ocenić prawidłowość kalkulacji samej oferty. Konsorcjum A. nie podjął jakiegokolwiek próby przedstawienia założeń, jakie przyjął.

2. Wykonawca wskazał, że „w załączeniu przedkładamy dowód potwierdzający przyjęcie realnych stawek i kosztów wykonania usługi w postaci kalkulacji ceny oferty, w tym również z pozycji z Formularza cenowego dotyczącego ciągnika z pługiem.” – pkt 2, str. 2 wyjaśnień.

Ad 2. Wykonawca odsyła do bardzo ogólnych tabel wskazując, że to dowody mające „potwierdzać przyjęcie realnych stawek i kosztów wykonania usługi”. Po pierwsze, uznać należy, że sporządzone tabele stanowią własne oświadczenia wykonawcy konsorcjum A. i w żaden sposób nie mogą potwierdzać „realność stawek i kosztów”. Wykonawca nie prezentuje jakiegokolwiek dowodu, potwierdzającego wskazane w tabeli stawki. Jedynym argumentem na jaki sobie wykonawca pozwolił, który jak się wydaje - miał potwierdzać realność jego założeń - jest porównanie ceny jednostkowej nośnika z pługiem zastosowanej przez wykonawcę z ceną odwołującego. Takie podejście - przy wyjaśnianiu ceny oferty jest niedopuszczalne, szczególnie, że zamawiający wprost w wezwaniu oczekiwał, że wykonawca wyjaśni tę szczególną pozycję z kosztorysu prezentując mu wartościowy materiał do oceny prawidłowości tej kalkulacji.

3. Konsorcjum A. w swoich wyjaśnieniach wskazuje, że „Koszty te [wykonania usługi - dopisek odwołującego] obejmują w szczególności koszty remontów bieżących, koszty zatrudnienia, koszty pośrednie” – tak str. 2 wyjaśnień, punkt drugi od dołu.

Ad 3. Dużą słabością wyjaśnień konsorcjum A. są - jak wskazano powyżej - sposoby przedstawienia kalkulacji kosztów w postaci tabelarycznej, według jednego i bardzo ogólnego wzoru. Wykonawca podkreśla, że podstawą kalkulacji były m.in. koszty pośrednie. Niestety w tabelach załączonych do wyjaśnień oprócz sformułowania „Koszty pośrednie - 40%” nie podano nic więcej. Co bardzo znamienne, to samo określenie zostało faktycznie skopiowane do każdej z załączonych tabel. Koszty pośrednie są to koszty, których nie można bezpośrednio przyporządkować do danego zadania w projekcie. Są to koszty administracyjne związane z funkcjonowaniem wykonawcy, tj. koszty zarządu (koszty wynagrodzenia osób upoważnionych do reprezentowania wykonawcy), koszty personelu obsługowego (obsługa kadrowa, prawna, sekretariat), koszty utrzymania powierzchni

biurowych (czynsz, najem, opłaty za energię elektryczną, ciepłą, gazową i wodę), koszty materiałów biurowych związanych z obsługą administracyjną projektu. Konsorcjum An- Bud w swoich kalkulacjach pominął natomiast istotne koszty, które są i powinny być związane z realizacją zamówienia, a których kalkulacja powinna potwierdzać prawidłową wycenę całej oferty. Do takich kosztów (bezpośrednich) zaliczyć powinno się np. koszty związane z viaTOLL, do czego w ogóle nie odnosi się wykonawca (np. tabela nr 6 załączona do wyjaśnień).

4. Konsorcjum A. wskazuje, że *„Dane do kalkulacji kosztów przyjęte zostały na podstawie rzeczywistych kosztów monitorowanych przez nas w trakcie realizacji poprzednich zamówień”* – tak str. 2 wyjaśnień, ostatni od dołu punktów.

Ad 4. Wykonawca nie przedstawił żadnych informacji, jakie to zamówienia realizował i które stały się podstawą kalkulacji jego oferty w tym postępowaniu, nie wskazał także na przykładowe dowody potwierdzające, że stosowane przez niego w tym postępowaniu stawki z kalkulacji jego oferty były przez niego już z powodzeniem stosowane w przeszłości, np. przykłady rozliczeń, dokumenty księgowe z wykorzystania zaangażowanego podobnego - sprzętu.

5. Konsorcjum A. wskazuje, że *„...do pracy na nośniku z pługiem i ciągniku z pługiem w okresach zimy delegowani są pracownicy na stałe zatrudnieni w naszych firmach na stanowisku kierowcy. Pozwala to na optymalne wykorzystanie tych pracowników, ponieważ w okresie wzmożonych opadów śniegu znacznie ograniczone są inne zlecenia transportowe”* – tak wyjaśnienia wykonawcy ze str. 3, górny punktów.

*„Podkreślamy, że w cenie oferty uwzględniliśmy wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz koszty związane z realizacją zamówienia, w tym w szczególności zapewnienie odpowiedniej ilości sprzętu / osób niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotowej usługi, a także zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, w wymiarze pracy adekwatnym do powierzonych zadań, osób wykonujących w ramach niniejszego zamówienia czynności wykonywane przez operatorów sprzętu zimowego utrzymania i kierowców.”* – tak pkt 5 wyjaśnień, str. 4.

*„Do realizacji zamówienia zaplanowano wykorzystanie wystarczających zasobów sprzętowych, personalnych, finansowych, wobec czego zaoferowana cena jest ceną gwarantującą należyte wykonanie zamówienia, ale również ceną realną głównie przy wykorzystaniu możliwości posiadanych przez konsorcjantów.”* – tak str. 4 wyjaśnień.

Ad 5. Wykonawca ogólnikowo powołał się na to, że będzie *„delegował pracowników”*, nie wskazując w żaden sposób - wbrew jednoznaczному wezwaniu zamawiającego, że wykonawca powinien *„zaangażować odpowiednią ilość sprzętu i osób niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotowej Usługi”* (tak str. 1 wezwania zamawiającego. Celem tak postawionego pytania było niewątpliwie poznanie, czy i w jaki sposób wykonawca



skalkulował zaangażowanie takiego personelu, - z uwzględnieniem także zatrudnienia na umowę o pracę (wezwanie zamawiającego). Wykonawca A. uchylił się tym samym - od udzielenia zamawiającemu odpowiedzi na pytania dotyczące potencjału sprzętowego oraz kadrowego, co tym bardziej uzasadnia podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe koresponduje także w poglądem KIO wyrażonym w wyroku z 22.04.2014 r. (KIO 716/13), gdzie KIO nakazała odrzucenie oferty wykonawcy, który m.in. w tym zakresie uchylił się od wskazania podstaw do kalkulacji zaangażowania potencjału osobowego i sprzętowego (cyt. z ww. uzasadnienia wyroku KIO: *„...W ocenie Izby Zamawiający uprawniony był do pytania wykonawcy o ten potencjał na gruncie wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny, celem ustalenia czy w cenie prawidłowo skalkulowano potencjał kadrowy oraz sprzęt / czy w konsekwencji - po dokonanej ocenie - można stwierdzić, że cena jest rażąco niska. Istotą tak zadanego pytania - co do potencjału kadrowego oraz sprzętu — jest uzyskanie informacji, danych jedynie ilościowych, nie ma zaś wymogu składania wykazu osób, czy też wykazu sprzętu...”*). Konsorcjum A. w swoich wyjaśnieniach w żadnym miejscu nie wskazała, jakie założenia odnośnie potencjału kadrowego i sprzętowego przyjęto do kalkulacji ceny oferty. Lakoniczne tabele w żadnym punkcie nie zawierają też takich informacji.

Ponadto, wyjaśnienie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może opierać się jedynie na zapewnieniu wykonawcy, że wykona zamówienie zgodnie z SIWZ przy zaangażowaniu odpowiedniego potencjału sprzętowego i osobowego. Celem złożenia wyjaśnień jest dostarczenie materiału dowodowego (wyjaśnień i dowodów), które pozwolą zamawiającemu na pozytywną weryfikację ceny oferty danego wykonawcy. Na podstawie tak sformułowanych, lakonicznych wyjaśnień taka weryfikacja w odniesieniu do konsorcjum A. jest niemożliwa i niedopuszczalna.

Przykładowo tabela nr 1 załączona do wyjaśnień wskazuje, że *„Robocizna - stawka operatora”* to 8 125,17 zł/mc. W żaden sposób tabela ta nie precyzuje, jakie założenia przyjął wykonawca konsorcjum A., tj. ile operatorów przewiduje, w jakim wymiarze czasu pracy (pełen etat, część etatu, forma zatrudnienia).

W tabeli nr 7 wykonawca nie odnosi się w żaden sposób - poza określeniem kosztu robocizny - do kosztów zaangażowania sprzętu, paliwa. A ponadto, co bardzo znamienne i co świadczy o niechlujnym przygotowaniu wyjaśnień konsorcjum A. przewiduje kalkulację *„zysku od zysku”* – tak tabela 7, gdzie wykonawca ten w pozycji 3 tabeli wskazuje, że zawarta tam pozycja stanowi zysk – skalkulowany od kosztów pośrednich (poz. 2) oraz... samego zysku (poz. 3). Ponadto, jak wskazano powyżej, skoro koszty pośrednie są stałymi kosztami wykonawcy, które nie mają bezpośredniego pokrycia w realizacji przedmiotu zamówienia i muszą być standardowo ponoszone przez każdego wykonawcę jako

przedsiębiorcę, to trudno mówić, że od kosztu pośredniego wykonawca osiąga jakikolwiek zysk, który pozwala mu zaoferować korzystniejszą od innych cenę oferty.

Wskazać należy, że prawidłowe wykazanie ilości zaangażowanego sprzętu i operatorów ma znaczenie przy ocenie nie tylko prawidłowej kalkulacji ceny oferty, ale także pozwala na ocenę, czy w zaoferowanej cenie możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga, że w przedmiotowym zamówieniu istnieje wiele czynników, które mają wpływ na zaangażowanie sprzętowe i osobowe, jak chociażby bardzo rozproszone chodniki do utrzymania (załącznik dot. Wykazu chodników objętych zimowym utrzymaniem w latach 2014 - 2017 dla zadania pn. *"Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w K."*).

6. Konsorcjum A. podkreśla w swoich wyjaśnieniach, że *"Kolejnym elementem mającym wpływ na kalkulację ceny jest fakt, iż niemal cały potrzebny do realizacji powyższego zadania sprzęt jest naszą własnością i został już wcześniej zamortyzowany, co pozwala nam na zaproponowanie znacznie bardziej konkurencyjnej ceny bez konieczności uwzględnienia w niej amortyzacji sprzętu"*. – tak str. 3 wyjaśnień pkt 3.

Ad. 6. Wykonawca poza tym ogólnym zdaniem, gdzie posługuje się przy tym nieostrymi sformułowaniami, jak *"niemal cały"*, *"znacznie bardziej"* w żaden sposób nie podejmuje nawet próby do przedstawienia jakiegokolwiek kalkulacji, chociażby procentowej, co do zaangażowania zamortyzowanego sprzętu. Nie podaje także na ile ten *"zamortyzowany sprzęt"* pozwolił mu (chociażby *"procentowo"*) osiągnąć niższą cenę oferty. Odwołujący jest także przedsiębiorcą zaangażowanym w podobne realizacje od wielu lat i także ma zamortyzowany, własny sprzęt - stąd też powoływanie się na takie ogólne sformułowania powinny zostać podparte stosownymi wyliczeniami oraz zgodnie z żądaniem zamawiającego - dowodami.

7. Konsorcjum A. wskazuje, że *"Istotnym uwarunkowaniem pozwalającym na optymalizację kosztów jest również okoliczność, iż wszyscy konsorcjanci realizujący niniejsze zamówienie mają swoje siedziby i bazy na terenie Województwa Śląskiego, co pozwoli również ograniczyć koszty, bowiem zamówienie realizowane jest na terenie Ś."* – tak pkt 5 wyjaśnień, str. 3.

Ad 7. Sama lokalizacja siedzib członków konsorcjum nie jest i nie powinna być potwierdzeniem realności kalkulacji ceny oferty konsorcjum A.. Na marginesie wskazać należy, że podmioty tworzące konsorcjum odwołującego także posiadają siedziby lub oddziały na Ś. (R. - dowód stanowi załączony do odwołania wyciąg z KRS spółki S. G. sp. z o.o. oraz C. - siedziba Usługi Transportowo-Drogowo- Mostowe J. O.). Takie ogólne stwierdzenie konsorcjum A. powinno być wnikliwie sprawdzone przez zamawiającego w kontekście wymagań zamawiającego z OPZ (str. 4), gdzie zamawiający postawił istotne wymagania związane z realizacją zamówienia. Zamawiający wskazał w OPZ, że *"Z uwagi na*

*zachowanie przejezdności drogi krajowej nr 78 w okresie zimowym w rejonie Żerkowic dzielnicy miejscowości Zawiercie wymaga się od Wykonawcy posiadania podpunktu zimowego utrzymania w max. odległości 5 km od G.*”. Dokonana analiza odległości siedzib członków konsorcjum A. wskazuje, że są one zlokalizowane w odległości od 40 km (jeden konsorcjant) do około 80 km (pozostali konsorcjanci) - w załączeniu dowodów wydruków z Google Maps wizualizujący wskazane odległości. Powołanie się więc przez konsorcjum A. na lokalizację siedzib w żaden sposób nie uzasadnia w odniesieniu do powyższego wymogu z OPZ możliwości zaoferowania szczególnie niższej ceny oferty, a co najważniejsze rodzi wątpliwości, czy wykonawca skalkulował w treści swojej oferty „*podpunktu zimowego utrzymania w odległości max 5 km od G.*”.

8. Wykonawca A. wskazuje, że „*Ważnym elementem w optymalizacji naszych kosztów jest również fakt, iż składając ofertę zaplanowaliśmy wykonać zamówienie w większości siłami własnymi*” – tak pkt 5 wyjaśnień, str. 3.

Ad 8. Wykonawca podając taką informację, nie wskazuje chociażby, jaki odsetek usług będzie związany z podwykonawstwem. Sformułowanie „*w większości*” pozwala stwierdzić, że będą zaangażowane zewnętrzne podmioty (sprzętowe i/lub kadrowe) do realizacji zamówienia. Wykonawca A. nie określa, jakie odsetek - chociażby procentowy - usług będzie podzlecany i czy zaangażowanie takich podmiotów trzecich znalazło odzwierciedlenie kalkulacji ceny oferty.

9. Konsorcjum A. w tabeli nr 9 - Ustawienie i utrzymanie zasłony przeciwśnieżnej / materiał Wykonawcy / [mb] wskazał, że jego koszt w tej pozycji wynosi 9,68 zł/ mc.

Ad 9. Wykonawca przedstawiając tę ogólną kalkulację podał całkowicie inną stawkę niż została zaoferowana w ofercie (tj. 9,68 zł zamiast 9,00 zł).

1.8. Konsorcjum A. podsumowując swoje, zawarte na niespełna 4 stronach wyjaśnienia, wskazało, że „*długoletni okres funkcjonowania naszych firm na rynku oraz stabilna pozycja powoduje istnienie znikomej wrażliwości na wahania koniunkturalne w branżach związanych z transportem i utrzymaniem drogowym. Doświadczenie w świadczeniu usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia skutkuje właśnie prawidłową kalkulacją ceny oraz znacznie lepszym oszacowaniem przez nas ryzyka w porównaniu z innymi*”. Trudno uznać, że brak przedłożenia jakiegokolwiek wiarygodnego dowodu, a oparcie się jedynie na bardzo ogólnikowych wyjaśnieniach wykazało realność ceny oferty konsorcjum A. Zaoferowanie ceny odbiegającej o prawie 40% od wartości zamówienia określonej przez zamawiającego powinno wymagać większej staranności w przygotowaniu wyjaśnień, a przede wszystkim pokazanie realności poczynionych założeń.

1.9 Wykonawca konsorcjum A. nie udowodnił jednoznacznie, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna i że będzie wystarczająca by wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. W związku z powyższym zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

1.10 Przy ocenie wyjaśnień konsorcjum A. uszło niewątpliwie uwadze zamawiającego, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest także samodzielną podstawą odrzucenia oferty wykonawcy, w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. *„Dzieje się tak w sytuacji, gdy w wyniku wezwania zostały co prawda złożone wyjaśnienia, ale ich treść nie odnosi się do wszystkich elementów cenotwórczych jakie zgodnie z żądaniem zamawiającego miały być zaprezentowane. W takich okolicznościach organizator postępowania może nie dysponować wszystkimi danymi, jakich wymagał w ce/u wykazania, iż cena ofertowa nie jest rażąco niska, a równocześnie nie będzie przekonany co do tego, że wynagrodzenie jest w istocie rażąco niskie. Nieprzedstawienie kalkulacji ceny zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego może uniemożliwić pozytywną weryfikację wyjaśnienia... Także w takiej sytuacji zamawiający winien odrzucić ofertę...”*. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 730/10), w którym czytamy m.in. *„w konsekwencji, oferta wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu.”*

1.11 Stąd też brak przedstawienia oczekiwanych przez zamawiającego dowodów i założeń kalkulacji ceny oferty (wskazanych pozycji kosztorysowych) konsorcjum A., czy wskazanie na konkretne czynniki cenotwórcze, jakie spowodowały określenie przez tego wykonawcę ceny oferty na danym poziomie, nie może być zastąpione jedynie lakonicznymi wyjaśnieniami, opierającymi się na *„wieloletnim doświadczeniu”* i *„optymalne zaangażowanie potencjału sprzętowego, czy osobowego”* bez jakiegokolwiek ich uprawdopodobnienia, w połączeniu z przedstawionymi dowodami, do których także wprost w swej treści referuje przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe, zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę konsorcjum A., gdyż wykonawca ten nie wykazał w żaden sposób, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna i że będzie wystarczająca by wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ.

1.12 Konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 ustawy Pzp pozwala na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska, bądź taka rażąco niska cena może wystąpić w ofercie wykonawcy. Takie domniemanie uzasadnia w niniejszym przypadku rażące odstępstwo ceny oferty konsorcjum A. od wartości zamówienia, na co wprost wskazał w wezwaniu sam zamawiający, oczekując także przedstawienia stosownych dowodów (dwukrotnie w wezwaniu odwołując się do konieczności ich przedstawienia).

1.13 Ciężar wykazania, że cena oferty jest realna, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co obecnie wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień i przedstawienia stosownych dowodów. Za taką koncepcją opowiadała się też wielokrotnie KIO. I tak, w wyroku z 24.06.2010 r. (KIO 1157/10) Izba stwierdziła, że *„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 1068/08) i z 23.12.2008 r. (KIO 1443/08), stwierdzając, że 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, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę (S.O. w Częstochowie w wyr. z 1.4.2005 r., VI Ca 464/05). 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 1701/09).

1.14 Ze względu na to, że celem złożenia wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Jak stwierdził S.O. 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 ustawy Pzp było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny”*. Takie stanowisko wynika z art. 90 ust. 3, a zupełnie jednoznacznie z ust. 4. Skutkiem tego jest obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone, albo swoją lakonicznością i brakiem wskazania obiektywnych czynników potwierdzają, że przyjęte domniemanie rażąco niskiej ceny jest zasadne. Podobne zdanie wyrażała wielokrotnie KIO, podnosząc w wyrokach, że wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaoferowanej ceny (np. wyr. z 23.12.2008 r., KIO 1443/08) 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 1746/09).

1.15 Wskazać należy, że 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 potwierdzić, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana (wyr. z 19.1.2010 r., KIO 1902/09). Delegacja nieokreślonej ilości osób i optymalne zaangażowanie sprzętu nie mogą uzasadniać realności ceny i zastępować obowiązku przedłożenia kalkulacji oraz dowodów w tym zakresie.

1.16 Ustawa Pzp regulując instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzysta 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. Wyjaśnienia konsorcjum A., aby mogły zostać uznane za prawidłowe, powinny potwierdzać realność ceny oraz wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową bez ryzyka ponoszenia strat. Tego niestety w złożonych wyjaśnieniach nie można dostrzec.

1.17 KIO w swoim orzecznictwie wskazywała wielokrotnie także, że 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 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 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt KIO 262/09).

1.18 W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy w pierwszej kolejności, że zamawiający zastosował procedurę wynikającą z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wezwał konsorcjum A. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Wezwanie miało bardzo konkretny charakter, na co wskazują chociażby postawione konkretne pytania zamawiającego co do określonych pozycji z kosztorysu ofertowego konsorcjum A..

1.19 Na tak sprecyzowane oczekiwania odwołujący, jak wskazano wyżej, złożył bardzo ogólne wyjaśnienie merytoryczne i nie przedstawił żadnego dowodu i oczekiwanych kalkulacji szczegółowych (te przedstawione w tabelarycznej postaci opierają się także na innych niż wskazane w ofercie stawkach). Dla udowodnienia realności ceny nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień referujących chociażby do wieloletniego doświadczenia wykonawcy, ale konieczne jest przedstawienie dowodów, które w sposób obiektywny i jednoznaczny mogą zostać uznane za materiał faktycznie potwierdzający możliwość zaoferowania badanej ceny, a tym samym możliwość należytego wykonania

całości przedmiotu zamówienia, a nie co najwyżej przyjętych własnych założeń, które mogą się nie potwierdzić, za tą cenę.

1.20 Wobec powyższych argumentów i dowodów zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę odwołującego, czemu uchybił.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł jak na wstępie.

Załączniki (merytoryczne): (...)

5. Kopia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr 6 z 31.10.2017 r.
6. Kopia wezwania zamawiającego z dnia 26.09.2017 r. oraz kopia odpowiedzi konsorcjum A. z dnia 29.09.2017 r.
7. Kopie wydruków z Google Maps wizualizujące odległości od siedzib konsorcjantów A. do G.
8. Wykaz chodników objętych zimowym utrzymaniem w latach 2014 - 2017 dla zadania pn. „*Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w K..*”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie, wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu odpowiedzi wskazał przyczyny powodujące bezzasadność odwołania, podnosząc w pierwszej kolejności, różnice w treści przepisów art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, skutkujące odmiennymi obowiązkami i uprawnieniami zamawiającego, stosownie do zaoferowanych w postępowaniu cen ofert i wartości zamówienia ustalonego przez zamawiającego z uwzględnieniem należnego podatku od towarów i usług. Wskazał kryterium arytmetyczne – kwotę 13 618 854,96 zł (wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług); kryterium cen ofert – 10 135 536,87 zł (średnia arytmetyczna cen wszystkich (2) złożonych ofert). Podniósł, że w sprawie wystąpiły okoliczności, o jakich stanowi przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, stąd zwrócił się z wezwaniem do wykonawcy – pismo z dnia 26 września 2017 r.

W dalszej kolejności pisma przedstawił ocenę wyjaśnień jako uzasadniających w sposób jasny i przejrzysty, że oferta przystępującego została skalkulowana racjonalnie i prawidłowo. Wskazał, że informacje o kalkulacji ceny stanowiące odpowiedzi na zadane w wezwaniu pytania, nie pozostawiają wątpliwości zamawiającego, co do możliwości realizacji zamówienia za cenę ofertową, w sposób staranny, z uwzględnieniem wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz warunków jego realizacji określonych w SIWZ.

Stwierdził, że przeanalizował wyjaśnienia i dowody przedstawione przez przystępującego i na tej podstawie uznał, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Przedstawione informacje są wiarygodne i wskazują na możliwość zrealizowania zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą. W szczególności ma znaczenie kalkulacja kosztów

z uwzględnieniem zamortyzowanego sprzętu; specyfika realizacji usług powodująca optymalizację odpowiedniego wykorzystania osób zatrudnionych na stanowiskach kierowców; uwzględnienie wieloletniego doświadczenia wykonawców tworzących konsorcjum w realizacji usług zimowego utrzymania dróg, w tym również na rzecz zamawiającego.

Informacje o kalkulacji ceny oferty poparte dołączonymi tabelami i wyliczeniami przedstawionymi w załącznikach, uznał za wystarczające i niebudzące wątpliwości.

W ocenie zamawiającego, przystępujący wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Podniósł, że analiza cen jednostkowych wskazuje, że przystępujący wycenił indywidualnie poszczególne pozycje Formularza cenowego z uwzględnieniem specyfiki usług, w oparciu o doświadczenie oraz przewidywane warunki terenowe i klimatyczne.

Podkreślił, że w odniesieniu do usług będących przedmiotem zamówienia nie obowiązują żadne oficjalne katalogi cenowe, a kalkulacje wykonawców mają charakter indywidualny z uwzględnieniem obiektywnych czynników wpływających na oferowaną cenę.

Zatem uznał, że nie wystąpiły okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro najkorzystniejsza oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie ma mowy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wybór oferty odbył się zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz opisami zamieszczonymi w SIWZ, nie doszło również do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (przystępujący) – wnieśli w zgłoszeniu przystąpienia o oddalenie odwołania wskazując, że zaskarżone czynności zamawiającego, są zgodne z przepisami Pzp. Zamawiający wybierając ofertę wykonawców jako nie zawierającą rażąco niskiej ceny, nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu pisma przystępujący wskazał.

Przedstawił wyjaśnienia wraz z własnymi kalkulacjami w granicach odpowiadających wezwaniu, w którym nie wskazano na jakiś konkretny sposób przedstawienia kalkulacji ceny. Przystępujący wykonał uproszczoną kalkulację, a zarazem obrazującą sposób w jaki dokonał kalkulacji ceny oferty, w tym dla wskazanej w wezwaniu pozycji ciągnika z pługiem. Powołał się na wyrok Izby z dnia 15 czerwca 2015 r., sygn. akt 1147/15 – [konkluzja - dowody składa się w zakresie żądanym, a nie na wszystko].

Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że cena oferty nie jest ceną zaniżoną, nie jest ceną nierealną, więc słuszna jest ocena zamawiającego złożonych wyjaśnień. Podniósł, że cena zakłada również osiągnięcie zysku. Wykazał również posiadanie niezbędnego



potencjału technicznego w postaci sprzętu oraz zatrudniania odpowiedniego zasobu pracowników, dysponowanie znacznym doświadczeniem w realizacji tego rodzaju zamówień.

Wskazał orzecznictwo, co do pojęcia ceny rażąco niskiej – wyroki Izby: z 1 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 44/16; z 24 października 2016 r., sygn. akt KIO 1887/16.

Odnosnie podkreślanego w odwołaniu *nie przedstawienia stosownego materiału dowodowego, a także opierania się na ogólnych tezach oraz mocno nieostrych sformułowaniach*, przystępujący wskazał, że sama konstrukcja postępowania zmusza do pewnego stopnia uogólnienia, podając jako przykład stawkę dla danego typu sprzętu – nośnik z pługiem i posypywarką wykonawcy (16 sztuk), przy braku wymogu aby solarka i nośnik były tego samego rodzaju i wyprodukowane w tym samym roku, a jedynie by mieściły się w szerokich ramach SIWZ.

Podniósł również kwestię dysponowania przez zamawiającego dokumentami dotyczącymi środków technicznych i informacjami co do podstawy dysponowania środkami – na podstawie wyjaśnień złożonych na wezwanie z 16 października 2017 r. (inne wezwanie). Wskazał, że członkowie konsorcjum świadczą taką usługę na rzecz zamawiającego od 2008 r. Brak podpunktu utrzymania zimowego w odległości 5 km od G., wskazywany w odwołaniu, jest nieprawdą. Wykonawcy posiadają stosowne umowy na udostępnienie przedmiotowych baz. Koszty związane z V. mają znikomy wpływ na cenę oferty (jt. jeden krótki odcinek drogi z całej sieci dróg objętych ofertą). Koszty zostały skalkulowane jako koszty pośrednie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: 1. A. I. - firma F.T.U.H. „A.” A. I., 2. Z. W. - Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa I. E. Z. W., 3. H. Ł. - firma Zakład Wielobranżowy „H.” H. Ł., 4. B. Ł. - firma Ł. B. Z. W. „D.”, 5. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „D(1)” Sp. z o.o. – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, na skutek skutecznego przystąpienia stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp), zwanymi dalej „konsorcjum A.” lub też „przystępującym”.

Odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów – art. 192 ust. 7 Pzp.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie oceny wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego wystosowane na mocy art. 90 ust. 1 Pzp, w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego zostało oparte na przesłankach ustawowych, o których stanowi przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Co do wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego i powiększonej o należny podatek od towarów i usług, stanowiącej kwotę 13 618 854,96 zł; cen dwóch ofert złożonych w postępowaniu (konsorcjum A. - 8 338 926,15 zł; odwołujący - 11 932 147,58 zł); procentowej różnicy ceny oferty przystępującego i kwoty ustalonej przez zamawiającego (38,77%), nie ma w sprawie sporu.

Zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ – wskazując procentową różnicę ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia (brutto) 38,77% oraz zakres wezwania – wyjaśnienia wraz z dowodami, i zamieszczając informację, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy (pismo z dnia 26 września 2017 r.).

Przystępujący złożył wyjaśnienia – pismo z 29 września 2017 r., część opisowa str. 1 - 5, w której zamieścił wyjaśnienia nawiązujące i odpowiadające treści wezwania zamawiającego.

Do wyjaśnień dołączył 10 tabel przedstawiających:

- kalkulacje poz. 1-6: 1) uśrednionej ceny jednostkowej ryczałtu miesięcznego zimowego utrzymania dróg dla 16 nośników z solarką i pługiem wykonawcy; 2) uśrednionej ceny jednostkowej ryczałtu miesięcznego zimowego utrzymania dróg dla 2. zestawów autostradowych, tj. nośnika z solarką i pługami wykonawcy; 3) uśrednionej ceny jednostkowej ryczałtu miesięcznego zimowego utrzymania dróg dla 4. nośników z pługiem wykonawcy; 4) uśrednionej ceny jednostkowej ryczałtu miesięcznego dla 2. ciągników z pługiem wykonawcy; 5) uśrednionej ceny jednostkowej ryczałtu miesięcznego dla 3. ładowarek z obsługą wytwórni solanki; 6) uśrednionej ceny jednostkowej za 1 km pracy przy odśnieżaniu i zwalczaniu gołoledzi dla 1 jednostki sprzętowej; oraz 7) odśnieżanie i zwalczanie gołoledzi chodników, ścieżek rowerowych, kładek dla pieszych (m2); 8) ustawienie i utrzymanie zasłony przeciwśnieżnej/materiał zamawiającego/; 9) ustawienie i utrzymanie zasłony przeciwśnieżnej/materiał wykonawcy (mb); 10) demontaż zasłony przeciwśnieżnej (mb).

Ocena wyjaśnień wraz z uznaniem, że nie potwierdzają one rażąco niskiej ceny oferty przystępującego, znalazła wyraz w czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej (Informacja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31.10.2017 r.).

Wskazane w podstawach prawnych zarzutów przedstawionych w odwołaniu przepisy ustawy Pzp, stanowią:

- art. 7

1. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

3. *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;*

- art. 89

1. *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

- art. 90

1. *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.*

1a. *W przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:*

*1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień.*

o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia:

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
  3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 91. 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie ustalonego materiału dowodowego i przepisów ustawy Pzp, Izba wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 Pzp) i ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp).

Nie zwalnia to jednak odwołującego z obowiązku: wykazania niezgodności z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności (art. 180 ust. 1 Pzp); wskazania odwołania zawierającego zwięzłe przedstawienie zarzutów, określającego żądanie oraz wskazywanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania (art. 180 ust. 3 Pzp); wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne (art. 190 ust. 1 Pzp).

Odwołujący, kwestionując czynność zamawiającego, nie przedstawił dowodu dla stwierdzenia faktów przedstawionych w odwołaniu - *Dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron* (art. 190 ust. 3 Pzp).

Odwołujący podkreślając, że wyjaśnienia przystępującego nie odpowiadają wyjaśnieniom według jego koncepcji, nie podniósł skutecznie zarzutu nie udzielenia wyjaśnień, a twierdzenie, że ocena wyjaśnień wraz z dowodami własnymi przystępującego potwierdza rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zostało udowodnione dowodami załączonymi do odwołania – wydruki z Google Maps. Załączony do odwołania wykaz chodników (...), wobec braku tezy dowodowej, nie odniósł oczekiwanego skutku.

Słusznie zamawiający podniósł, że odwołujący wskazał czego, w jego ocenie, brakuje w wyjaśnieniach przystępującego, nie odniósł się natomiast do oceny zamawiającego.

Odwołujący nie zwrócił uwagi, że wezwanie zamawiającego wynikało z innych przesłanek niż wskazał w odwołaniu. Poza kwestią prawną pozostają okoliczności faktyczne odpowiadające przesłankom wynikającym z przywołanych przepisów. Zamawiający jednoznacznie oświadczył, że nie miał najmniejszych wątpliwości co do realności ceny oferty przystępującego. Wezwanie z dnia 26 września 2017 r. było wynikiem wyłącznie przesłanki arytmetycznej wynikającej z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wraz ze wskazanymi informacjami zawartymi w tabelach były w zupełności wystarczające dla uznania, że cena nie jest rażąco niska.

W opinii UZP (uzp.gov.pl) pt. *„Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”* wskazano: *Sztywna reguła 30% (cena badanej oferty niższa o tę wartość od wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert) nakazująca obligatoryjnie badanie oferty zostaje złagodzona. Nowe rozwiązania w tym zakresie wprowadzone art. 90 ust. 1a ustawy Pzp pozwalają zamawiającym każdorazowo na indywidualną ocenę każdego przypadku powzięcia wątpliwości co do rażąco niskiej ceny.*

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wraz ze złożonymi wyjaśnieniami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zmiana przepisów art. 90 Pzp powodują, że częściowe uzasadnienie i przywołane orzecznictwo w odwołaniu nie może stanowić argumentów korzystnych dla odwołującego.

Z wyjaśnień przystępującego dotyczących ceny jego oferty, treści uzasadnienia przedstawianego w toku postępowania odwoławczego, w świetle wyjaśnień złożonych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie - nie można uznać, że wyjaśnienia przystępującego potwierdziły rażąco niską cenę jego oferty. Nie można również uznać, że przystępujący nie złożył wyjaśnień. Wskazana omyłka w wyjaśnieniach (tabela 9), nie stanowi o niemożności oceny wyjaśnień, nie podlegają one rygorom przypisanym treści oferty. Wyjaśnienia ocenia się zgodnie z art. 90 Pzp.

W świetle aktualnego orzecznictwa, wytycznych wynikających z dyrektyw, opinii UZP – wskazujących na możliwość powtórzenia w uzasadnionych przypadkach wyjaśnienia ceny oferty, brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego w części 6 zamówienia na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp i tym samym uznania ceny jako rażąco niskiej ze skutkiem z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W tej sytuacji nie doszło też do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 1 ust. 1 Pzp.

Reasumując, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....