

Sygn. akt: KIO 1848/15

WYROK
z dnia 8 września 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2015 roku przez wykonawcę Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Usługi Komunalne Trzebinia Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy na rzecz Zamawiającego Usługi Komunalne Trzebinia Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Usługi Komunalne Trzebinia Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Trzebini*.

Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 lipca 2015 roku pod numerem 190362.

24 sierpnia 2015 roku Odwołujący działając w trybie art. 180 ust 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego dokonanej w postępowaniu, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, o czym Odwołujący dowiedział się z pisma przesłanego faksem dnia 19 sierpnia 2015 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez jego błędne zastosowanie prowadzące do uznania, że wyjaśnienia Odwołującego wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- naruszenie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy przez ich błędne zastosowanie polegające na zaniechaniu wyjaśnień wszelkich elementów składowych ceny rodzących wątpliwości Zamawiającego, prowadzące w konsekwencji do błędnego (bezpodstawnego) zastosowania art. 90 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, i która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą”

- w znaczeniu określonym przez ustawę oraz Zamawiającego - spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Oferta Odwołującego została co prawda sklasyfikowana na trzecim miejscu tzw. listy rankingowej, jednak Zamawiający oferty sklasyfikowane wyżej odrzucił, w związku z tym Odwołujący w razie uwzględnienia odwołania może uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Przedmiotem zamówienia jest „*Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Trzebini*”, której zakres robót obejmuje: roboty ziemne i montażowe związane z wykonaniem drenażu gazowego, roboty ziemne związane z ukształtowaniem skarp i wierzchowiny, roboty ziemne związane z wykonaniem okrywy rekultywacyjnej, rekultywację biologiczną.

Wartość prac niezbędnych do wykonania w ramach tej części zamówienia, Zamawiający ustalił na kwotę 6.977.519,95 PLN brutto (5.372.690, wartość podana przy otwarciu ofert).

W postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców z następującym cenami:

Zakład Usługowo-Handlowy TOMBET T. G. – 2 211 998,57 zł

Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko sp. z o.o. – 4 3030 770,00 zł

Exalo Drilling S.A. – 2 568 549,15 zł

KRISBUD sp. z o.o. – 5 658 000,00 zł

TOR-BUD sp. z o.o. sp. k. – 6 888 000,00 zł

Zakład Remontowo-Budowlany „REMBUD” W. L. – 4 883 100,00 zł.

Jak wynika z powyższego, cena oferty Odwołującego stanowi ok. 61% „budżetu” Zamawiającego i ok. 97% średniej arytmetycznej wyliczonej ze wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 12 sierpnia 2015 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, a Odwołujący udzielił wyjaśnień Zamawiającemu pismem z dnia 14 sierpnia 2015 r.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, 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. Z treści cytowanego przepisu wynika więc jednoznacznie, że „ustawodawca określając drugą z

przesłanek odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p., wskazał wyraźnie i kategorycznie, że dowody i wyjaśnienia mają potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie dał zatem przyzwolenia na odrzucenie oferty, gdy takiego jednoznacznego potwierdzenia brak” (wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt KIO 460/12).

Warunkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy jest więc wystąpienie okoliczności, na tle których złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają tezę o rażąco niskiej cenie oferty. Natomiast Zamawiający, w piśmie z dnia 19 sierpnia 2015 r. wskazał, że w przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach, „(...) *obszernie wyjaśniono, iż czynnikami mającymi wpływ na wartość oferty są hierarchicznie: doświadczenie kadry, własny potencjał sprzętowy, wypracowane przez lata oszczędne metody wykonywania inwestycji budowlany, wysokie upusty u stałych dostawców materiałów, doskonałe rozpoznanie terenu przed złożeniem oferty*”, z kolei w wyjaśnieniach tych, zdaniem Zamawiającego, nie zostało wykazane „ (...) *jak w/w czynniki wpływają na poszczególne elementy cenotwórcze i cenę w ostateczności*”. Na podstawie dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień nie sposób jednak dojść do wniosku, że wyjaśnienia Odwołującego potwierdziły rażąco niską cenę oferty. Wydaje się raczej, że Zamawiający wychodzi z założenia, że skoro wyjaśnienia Odwołującego nie przekonały go do uznania, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, to ofertę taką należy odrzucić, przez wzgląd na art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że należy zwrócić uwagę na sposób, w jaki Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W przywoływanym już piśmie z dnia 12 sierpnia 2015 r., Zamawiający wskazał, że „*w trakcie badania złożonych ofert, Zamawiający powziął wątpliwość, co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za oferowaną przez Państwa (Odwołującego - przyp. ASS) cenę*”. W związku z tym, w celu ustalenia, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego „ (...) *o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, kosztów pracy, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów*”. Zamawiający w głównej mierze zacytował więc treść art. 90 ust. 1 ustawy, nie siląc się na przeprowadzenie pogłębionej analizy oferty cenowej Odwołującego, i nie wskazał konkretnych elementów treści oferty, które spowodowały u Zamawiającego powstanie wątpliwości co do ceny oferty Odwołującego i - w związku z tym - wymagałyby

wyjaśnień. Jak zostało to wskazane w orzeczeniu KIO, „z fundamentalnych zasad ustawy wynika reguła, którą można sprowadzić do stwierdzenia «jakie wezwanie, takie wyjaśnienia». Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji stoją na straży gwarancji braku ryzyka faworyzowania jednego z wykonawców kosztem innych i arbitralnego traktowania wykonawców przez zamawiającego. Kolejno, zasady jawności i pisemności postępowania, składające się na obowiązek przejrzystości działań zamawiającego, domagają się, aby ocena oświadczeń wykonawców oparta była na jasnych i jednoznacznych wymaganiach. Zatem zakres oczekiwań zamawiającego co do wyjaśnień powinien być określony w wezwaniu w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, tak aby pozwolić wszystkim wykonawcom wykazującym staranność oczekiwaną od uczestnika rynku zamówień publicznych na zrozumienie zakresu wymagań zamawiającego. Zamawiający, który odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp na podstawie oczekiwań, których rozsądnie działający wykonawca nie może wywieść z treści wyjaśnień, narusza prawo”, (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2224/14, KIO 2228/14).

Poza elementami wymienionymi w art. 90 ust. 3 ustawy oraz żądaniem przedstawienia dowodów, wezwanie Zamawiającego nie wskazywało żadnych konkretnych wskazówek i wytycznych w zakresie informacji o rażąco niskiej cenie, ani nie odnosiło się żadnych elementów cenotwórczych.

Wreszcie, Zamawiający w żaden sposób nie precyzował szczegółowości przekazywanych mu wyjaśnień. W takim stanie faktycznym działanie Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, bowiem „wezwanie winno być sformułowane w sposób, który daje wykonawcy możliwość ustosunkowania się do wątpliwości zamawiającego. Zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekiwał” (wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1526/11). Z kolei w cytowanym już orzeczeniu KIO 2224/14, Izba stwierdziła, że „wezwanie skierowane do odwołującego TPF sp. z o.o. nie zobowiązywało bowiem do złożenia wyjaśnień o wskazanym stopniu szczegółowości, ani też nie wzywało odwołującego do złożenia szczegółowej kalkulacji ceny oferty. Nie może zatem zamawiający powoływać się na brak kalkulacji prac wykonanych przez Inżyniera Tymczasowego, zwłaszcza, że informacja o zakresie tych prac nie była podana wszystkim wykonawcom, w celu uwzględnienia jej na równych zasadach przy przygotowywaniu oferty.

Odpowiedzi odwołującego co do zakresu oczekiwanych informacji odpowiada wezwaniu. Odwołujący uwzględnił wszystkie istotne elementy składające się na cenę oferty " (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2224/14, KIO 2228/14).

Biorąc jednak pod uwagę, że Zamawiający - po uzyskaniu wyjaśnień Odwołującego - w dalszym ciągu posiadał wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania ceny ofertowej (które sformułował dopiero w piśmie z dnia 19 sierpnia 2015 r., w którym odrzucił ofertę Odwołującego), powinien on dopytać Odwołującego o dalsze szczegóły, tak by mógł on rozwiać wszelkie wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania ceny. Taka powinność po stronie Zamawiającego wynika to z faktu, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy ma charakter konsultacyjny, jego celem jest umożliwienie Zamawiającym wyeliminowanie wątpliwości związanych z rażąco niską ceną ofert. Potwierdza to orzecznictwo ETS (obecnie: TSUE), bowiem jak wynika z orzeczenia z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie C-76/81 („*Transporoute*”), „(...) w sytuacji, kiedy w opinii zamawiającego udzielającego zamówienia publicznego na roboty budowlane oferta jest oczywiście rażąco niska w stosunku do świadczenia, art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 wymaga od zamawiającego, by zażądał od oferenta, przed wydaniem decyzji co do udzielenia zamówienia, wyjaśnień odnośnie jego cen lub poinformował oferenta, która z jego ofert wydaje się nieporównywalnie niska, oraz by pozwolił mu, w wystarczającym terminie, przedstawić dalsze szczegóły”. Taki kierunek wykładni art. 90 ust. 1 ustawy można znaleźć również w orzecznictwie KIO, gdzie w jednym z orzeczeń Izba wskazała, że „jeśli zamawiający powziął wątpliwości, co do prawidłowości obliczenia zysku, to zamiast odrzucać ofertę dowołującego, mógł i powinien był wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia. Izba w tym składzie orzekającym wyraża pogląd, że jest dopuszczalne uzyskanie przez zamawiającego dodatkowych informacji w granicach zakreślonych wyjaśnieniami udzielonymi w wyniku wezwania ” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2224/14, KIO 2228/14). Z kolei Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r., stwierdził, że *nawet jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalały na rozwianie wątpliwości zamawiającego, to brak było przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do ich złożenia ”* (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10). Na podobnym stanowisku stoi również Urząd Zamówień Publicznych, który w jednej z opinii prawnych wskazał, że „ (...) w celu podjęcia decyzji co do braku bądź istnienia podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wszystkich wątpliwości, jakie powziął w związku z zaproponowaną przez wykonawcę ceną, a także ze złożonymi

przez wykonawcę wyjaśnieniami. Celem przepisu nakładającego obowiązek żądania wyjaśnień jest ochrona wykonawcy przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez zamawiającego. Stąd też, zamawiający mając nadal, po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień, wątpliwości co do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, może żądać od wykonawcy dalszych wyjaśnień. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wystąpieniu, bądź w sytuacji, gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już złożonych wyjaśnień ” („Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”, Informator UZP nr 11/2013). Należy podkreślić, że powyższe poglądy zachowują aktualność w bieżącym stanie prawnym. Przedstawione wyżej podejście chroni wykonawców przed jedynie formalnym spełnianiem przez Zamawiających obowiązku zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdy w istocie realizują z góry powzięty zamiar odrzucenia tylko niektórych ofert.

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że Odwołujący wzywany do składania wyjaśnień na podstawie art. 90 ust.1 ustawy, składał wyjaśnienia o podobnej treści m. in. w następujących postępowaniach:

- a) „Rekultywacja składowisk odpadów komunalnych na cele przyrodnicze w Środkowosudeckim Regionie Gospodarki Odpadami”; zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” sp. z o.o.;
- b) „Budowa kwatery SI wraz z infrastrukturą towarzyszącą na terenie składowiska odpadów w Suchym Lesie przy ul. Meteorytowej”; zamawiający: Zakład Zagospodarowania Odpadów w Poznaniu sp. z o.o. (zamówienie jest obecnie realizowane przez Odwołującego);
- c) „Rekultywacja hałdy 6/4 na Polu „Piast” w Nowej Rudzie”; zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A.

W każdym z ww. postępowań zamawiający akceptowali wyjaśnienia Odwołującego bez zastrzeżeń, co świadczy o pewnej praktyce wśród zamawiających na rynku, na którym działa Odwołujący. W związku z tym Odwołujący nie miał powodów by sądzić, że tym razem tego typu wyjaśnienia okażą się dla Zamawiającego niewystarczające. Ponadto, biorąc pod uwagę wyliczenia poczynione przez Odwołującego w treści ww. wyjaśnień, wyraźnie widać tendencję na rynku, wedle której zamawiający wyraźnie przeszacowują wartości zamówień, w związku z czym dochodzi do notorycznych wezwań wykonawców do składania wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Mając powyższe na względzie, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 sierpnia 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego - wykonawcę Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy:

- dowód nr 1 – (19 kart) Kosztorys - *Kosztorys do wykonania robót objętych projektem zamknięcia i rekultywacji składowiska odpadów komunalnych w Trzebini*, data opracowani 28 styczeń 2015 rok,
- dowód nr 2 – (27 kart), Kosztorys - *Kosztorys do wykonania robót objętych projektem zamknięcia i rekultywacji składowiska odpadów komunalnych w Trzebini*, data opracowani 7 luty 2015 rok,
- dowód nr 3 – (1 karta) opracowanie własne - wykaz inwestycji o podobnym zakresie prac rekultywacyjnych na powierzchni zalegania odpadów,

- dowód nr 4 – (27 kart) kosztorys przygotowany przez Odwołującego w oparciu o układ kosztorysu inwestorskiego z dowodu nr 2 przy przyjęciu stawki r-g oraz kosztów pośrednich, zysku, sprzętu jak w dowodzie nr 1.

Zamawiający złożył pismo z dnia 3 września 2015 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* wnoszą o oddalenie odwołania w całości z uwagi na brak podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających zarzuty i żądania Odwołującego.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W art. 90 ustawy czytamy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
3. 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.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający pismem z dnia 12 lipca 2015 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący pismem z 14 sierpnia 2015 roku złożył pismo zawierające wyjaśnienia wraz z załączoną ofertą Przedsiębiorstwa Budowlanego „Czerbud” z dnia 10 sierpnia 2015 roku.

Zaznaczyć również należy, że zgodnie z rozdziałem 12 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) – Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał:

2) Cena określona przez wykonawcę stanowić będzie wynagrodzenie w formie ryczałtu. Podane wynagrodzenie ryczałtowe w ofercie nie będzie podlegać zmianom w trakcie realizacji (art. 632 KC), wobec tego wykonawca winien wycenić wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia i niezbędne do jego zakończenia zgodnie z umową. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje całość przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, na którą składają się projekt techniczny zamknięcia składowiska odpadów inne niż niebezpieczne i obojętne w Trzebini, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, przedmiar robót.

W załączonym do SIWZ projekcie umowy w § 11 Zamawiający wskazał również na wynagrodzenie ryczałtowe, które obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości

zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 roku, sygn. akt 499/15 gdzie wskazano: „Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: "Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji".

Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: "iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp." Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca

2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słusność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach

powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

W rozpoznawanej sprawie z kosztorysu inwestorskiego (data opracowania: 24 kwietnia 2015 roku) wynika, że wartość robót została oszacowana na kwotę 5 672 780,45 zł netto (6 977 519,95 zł brutto).

Wyjaśnienia jakie poczynił Odwołujący w piśmie z dnia 14 lipca 2015 roku są ogólnikowe, nieumotywowane oraz w zasadzie twierdzenia wykonawcy nie zostały poparte dowodami.

Odwołujący wskazywał w wyjaśnieniach na doświadczenie kadry oraz posiadany własny potencjał kadrowy i sprzętowy, jednakże w tym zakresie nie wyjaśnił w jaki sposób przekłada się to na kalkulację ceny oferty – przykładowo należy wskazać, że nie podał w złożonych wyjaśnieniach jak doświadczenie kadry przekłada się na jej wynagrodzenie oraz wynikające z tego inne korzyści mające wpływ na ogólną wycenę. W zakresie posiadanego potencjału sprzętowego również nie odniósł się ani do korzyści finansowych jakie kryją się za posiadany własnym sprzętem jak również nie wskazał jakie znaczenie ma to dla wyceny oferty. Niespójność wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę w zakresie potencjału sprzętowego odnoszące się z jednej strony do wykorzystania własnego sprzętu z drugiej strony przedstawiona w załączeniu do wyjaśnień oferta na wynajem sprzętu powodują, że wyjaśnienia w tym zakresie stają się bezwartościowe, bowiem nie są jednoznaczne.

W zakresie wskazanych w wyjaśnieniach „wypracowane przez lata oszczędne metody wykonania inwestycji budowlanych” w żaden sposób wykonawca nie wskazuje na czym owe wypracowane metody polegają jak również nie wskazuje jakie mają znaczenie i wpływ na dokonanie wyceny oferty.

Zaznaczyć należy, że również w przypadku wskazywanych w wyjaśnieniach wysokich upustów u stałych dostawców materiałów w samych wyjaśnieniach wykonawca nie wskazuje jaki wpływ mają upusty na ogólną cenę oferty, jak odnoszą się do poszczególnych wycenianych pozycji realizacji inwestycji. W przedstawionych wyjaśnieniach nie zostało wskazane skąd będą pochodzić materiały, których ceny jednostkowe zostały wyspecyfikowane w ofercie załączonej do wyjaśnień Odwołującego, natomiast co wskazał Zamawiający, siedziba tego podmiotu mieści się w odległości ok. 268 km od miejsca realizacji inwestycji (co nie było kwestionowane przez Odwołującego), co wiąże się z kosztami dostaw, o których brak jest informacji. Jednocześnie z w wyjaśnieniach nie zostało wyspecyfikowane skąd będą pochodziły materiały do realizacji zamówienia, co przyznał w trakcie rozprawy sam Odwołujący. Zamawiający w złożonym piśmie

procesowym oraz na rozprawie wskazywał na konieczność doliczenia kosztów transportu, których wartość Zamawiający zobrazowała dokonany wyliczeniem w oparciu o stawki SEKOCENBUDU, które dają kwotę ponad 215 zł za tonę.

Odwołujący w wyjaśnieniach wskazywał również na znajomość lokalnego rynku pod kątem dostępności kruszyw, jednakże to Zamawiający w pisemnym stanowisku przedstawił wyliczenia oparte na ofertach pozyskanych od dostawców lokalnych, z których to wyliczeń wynika, że uwzględniając specyfikę rynku lokalnego nie ma możliwości dostawy materiału i wykonania warstw rekultywacyjnych wskazanych w załączonej do wyjaśnień ofercie cenach. Zamawiający wskazał, że dla warstwy odgazowywującej koszt wykonania przy użyciu materiałów – podstawowych wynosi 94,29 zł/m³, z użyciem materiału dopuszczonego wynosi 39 zł/m³, do której należy doliczyć koszty transportu natomiast w ofercie załączonej do wyjaśnień zostało wskazane 28 zł/m³. Dla warstwy wyrównawczej dostawa materiału i wykonanie Zamawiający na podstawie zebranych ofert wyliczył na kwotę 40,30 zł/m³ natomiast w ofercie załączonej do wyjaśnień zostało wskazane 25 zł/m³. Natomiast dla warstwy rekultywacyjnej w załączonej do wyjaśnień Odwołującego ofercie podano 22 zł/m³, Zamawiający w oparciu o zebrane oferty z rynku lokalnego wyliczył 40,30 zł/m³. Wskazać należy również, że wykonawca nie podał w złożonych wyjaśnieniach jakich materiałów zamierza użyć do realizacji zamówienia. Zaznaczenia wymaga również fakt, że oferta jaka została załączona do wyjaśnień odwołującego odnosi się do około 1/3 całości zamówienia, w pozostałym zakresie wykonawca nie przedstawił żadnych informacji; wyjaśnienia nie uwzględniają w szczególności informacji na temat kosztów wykonania zakresu robót w zakresie wykonania wyrównania terenu, wykonania drenażu i pochodni do spalania gazu, wykonanie odwodnienia składowiska odpadów z zastosowaniem rowów opaskowych, wykonanie przepompowni rowów z rurociągiem do rowu opaskowego, wykonanie rekultywacji biologicznej składowiska odpadów.

Odwołanie się w wyjaśnieniach do cen oferowanych w innych postępowaniach i wskazanie cen ofert najkorzystniejszych z uwagi na brak wykazania porównywalności wykonywanych robót nie stanowi argumentu, który można uwzględnić, bowiem aby odnosić się do przedstawionych zrealizowanych inwestycji, czy to w złożonych wyjaśnieniach czy przedstawionym na rozprawie dowodzie nr 3, należałoby wykazać podobieństwa pomiędzy tymi inwestycjami a przedmiotową inwestycją, tj. wskazać na realizację zamówienia obejmującego w swym zakresie dwie kwatery wysypiska, z czego jedna wypełniona do połowy - co jest specyficznym zakresem robót.

Przedstawione przez Odwołującego na rozprawie dowody nr 1 i 2 nie zostały podpisane ani przez wykonawcę kosztorysów ani przez Odwołującego. Argumentacja, że uzyskane dowody od „życzliwego” pracownika Zamawiającego mają wszywać na specjalną manipulację cenami i ich podniesienie aby dokonać wyboru oferty wykonawcy lokalnego nie bronią się z uwagi na brak faktycznego wskazania pochodzenia tych dowodów jak również dowiedzenia, że takie faktycznie kosztorysy były przez Zamawiającego do tego postępowania o udzielnie zamówienia przygotowywane. Zaznaczyć należy, że w kosztorysie inwestorskim, jakim posługuje się Zamawiający dla realizacji tego zamówienia, jaki stał się podstawą szacowania wartości zamówienia, stawka r-g wynosi 15,50 zł, a nie, jak wskazywał odwołujący – 23,50 zł (dowód nr 2) ani 13,77 zł (dowód nr 1). Bezprzedmiotowy dla rozpoznania tej sprawy pozostaje również dowód nr 4 tj. kosztorys przygotowany przez Odwołującego w oparciu o układ kosztorysu inwestorskiego z dowodu nr 2 przy przyjęciu stawki r-g oraz kosztów pośrednich, zysku, sprzętu jak w dowodzie nr 1 złożony na okoliczność wykazania, że przy przyjęciu pierwotnych wartości, jakie były wskazane w dowodzie nr 1, wartość kosztorysu Odwołującego wynosi ponad 3.600.000 zł netto, czyli jest zbliżona do zaoferowanej przez odwołującego w postępowaniu, z uwagi na to, że dowód nr 1 i dowód nr 2 nie zostały uwzględnione przez Izbę. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że Odwołujący mógł owe dowody przedstawić Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami. Zasadność twierdzenia, że brak jest wykazania przez Odwołującego poprawności skalkulowania ceny oferty, sposobu jej kalkulacji oraz dowodów na tą okoliczność co do całości ceny oferty potwierdza również fakt, że sam Odwołujący wykazywał konieczność wezwania go do uzupełnienia wyjaśnień z uwagi na nieprecyzyjność wezwania do złożenia wyjaśnień. W ocenie Izby wezwanie do złożenia wyjaśnień było jednoznaczne i precyzyjne, wskazywało elementy oferty, które winien wykazać wykonawca a obowiązkiem wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, było wykazanie Zamawiającemu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podkreślenia wymaga fakt, że cena oferty była ceną ryczałtową, a to że Zamawiający w sposób precyzyjny odniósł się do elementów wyceny w uzasadnieniu odrzucenia oferty czy też w piśmie procesowym stanowi jedynie wyraz rzetelność w postępowaniu Zamawiającego. Podmioty profesjonalne, do jakich z pewnością zalicza się Odwołujący, niewątpliwie są w stanie przedstawić kalkulację własnej oferty ze wskazaniem faktycznych i realnych podstaw (dowodów) jej wyceny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust.

3 pkt. 1 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 ze zmianami).

Przewodniczący:
