

Sygn. akt: KIO 377/14

WYROK

z dnia 11 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2014 r. przez wykonawcę **EKO-TECH K..... S....., ul. 27-go stycznia 7, 83-140 Gniew** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Celową Wałbrzyskie Centrum Sportowo-Rekreacyjne „AQUA-ZDRÓJ” Sp. z o.o., ul. Ratuszowa 6, 58-304 Wałbrzych,**

przy udziale wykonawcy - **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "JKB" Sp. jawna, J. K....., J. P....., B. W....., ul. Spacerowa 13, 58-100 Świdnica,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EKO-TECH K..... S....., ul. 27-go stycznia 7, 83-140 Gniew,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EKO-TECH K..... S....., ul. 27-go stycznia 7, 83-140 Gniew** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **EKO-TECH K..... S....., ul. 27-go stycznia 7, 83-140 Gniew** na rzecz **Spółki Celowej Wałbrzyskie Centrum Sportowo-Rekreacyjne „AQUA-ZDRÓJ” Sp. z o.o., ul. Ratuszowa 6, 58-304 Wałbrzych** kwotę **3 600 zł**

00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Świdnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Celowa Wałbrzyskie Centrum Sportowo-Rekreacyjne „AQUA-ZDRÓJ” Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są *„Roboty budowlane (w tym dostawa wraz z montażem osprzętu wykazanego w arkuszu wyceny łącznie z automatyką) umożliwiające dokończenie instalacji kotłowni i instalacji solarnej Krytej Pływalni i Hotelu, synchronizację pracy kotłowni z systemami wentylacji, technologii wody basenowej i wody użytkowej oraz uzyskaniem decyzji UDT”*. Szczegółowe zestawienie prac w ramach przedmiotu zamówienia zawarte zostało w arkuszu wyceny (załącznik nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 stycznia 2014 r., pod nr 8136-2014. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 21 lutego 2014 r., Zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawiadamiając jednocześnie Odwołującego – EKO-TECH K..... S....., ul. 27-go stycznia 7, 83-140 Gniew – o odrzuceniu jego oferty, stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na niezgodność oferty z ustawą.

W dniu 26 lutego 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie od w/w czynności, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przy braku wystąpienia przesłanek dokonania tej czynności, gdyż oferta Odwołującego nie wskazuje rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przy braku wystąpienia przesłanek dokonania tej czynności. Zamawiający powołując się na niezgodność oferty z ustawą wskazał, iż odrzuca ofertę, gdyż jej złożenie sprzeciwia się celowi czynności prawnej, jaką jest zawarcie umowy, wskazując przy tym na art. 353 (1) Kodeksu cywilnego;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe JKB Spółka jawna, J..... K....., J..... P....., B..... W....., ul. Spacerowa 13, 58-100 Świdnica, podczas gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu spośród ofert nie podlegających

odrzuconiu, stosując kryterium oceny wskazane w SIWZ: cena i jej waga 100% (rozdział XIII SIWZ);

- 4) naruszenie art. 90 ust. 2 Pzp poprzez brak zachowania wskazanych w nim zasad dokonania weryfikacji wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia;
- 5) naruszenie art. 7 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który rażąco narusza czołowe zasady systemu zamówień publicznych, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasadę przejrzystości holdowaną w tzw. dyrektywach zamówieniowych;
- 6) naruszenie wszystkich innych przepisów przywołanych w treści odwołania.

Na podstawie tak postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe JKB Spółka jawna, J..... K....., J..... P....., B..... W.....;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) wybór oferty Odwołującego, gdyż jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, przy zastosowaniu kryterium cena i jego wagi na poziomie 100%.

W uzasadnieniu swoich zarzutów i żądań Odwołujący:

W zakresie zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny wskazał w szczególności, że rażąco niska cena to cena nierealna i nierzeczywista, co nie miało miejsca w odniesieniu do jego oferty, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę fakt, iż zaoferował cenę 326.030 zł brutto, podczas gdy Zamawiający na otwarciu ofert podał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć 250.000 zł. Pomimo tego, zamawiający wszczął procedurę wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący podkreślił, że to nie on obniżył cenę, lecz pozostali dwaj wykonawcy cenę tę zawyżyli. Wskazał, że uznanie zaoferowanej przez niego ceny za uzasadniającą podejrzenie rażąco niskiej ceny wskazywałoby na to, że zamawiający w sposób nieprawidłowy oszacował wartość zamówienia i nie zagwarantował środków na jego realizację. W ocenie odwołującego nie było w ogóle podstaw do wszczęcia procedury wyjaśnienia oferty w zakresie rażąco niskiej ceny – na okoliczność czego odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1526/11, sygn. akt KIO 1320/11).

Pomimo braku podstaw do wzywania do złożenia wyjaśnień Odwołujący przesłał Zamawiającemu, zgodnie z wezwaniem, szczegółową kalkulację ceny, podkreślając przy tym, że jako rzetelny wykonawca każdorazowo sporządza szczegółową kalkulację z należytą starannością. W przedstawionej, jako element dodatkowy, szczegółowej kalkulacji Odwołujący przedstawił 87 pozycji, każda w rozbiciu na wartość jednostkową netto, wartość

netto, materiał, robociznę, sprzęt, koszty ogólne, zysk, stosując się ściśle do żądania Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że w oparciu o te wyjaśnienia Zamawiający badał następnie cenę w przedmiocie jej wysokości. Podważając racjonalność zaoferowanej ceny Zamawiający winien wskazać, które z informacji wskazanych w kalkulacji stanowią podstawę do uznania, ceny za rażąco niską.

Odwołujący wskazał przy tym, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, na potwierdzenie czego przytoczył okoliczność, iż w toku postępowania skierował do Zamawiającego 40 pytań dotyczących przedmiotu zamówienia, a także prośbę o wskazanie dodatkowych informacji, na co Zamawiający nie udzielił odpowiedzi. Brak właściwego opisu przedmiotu zamówienia mógł w konsekwencji wpłynąć na rozbieżności cenowe ofert wykonawców, którzy przy braku rzetelnych i pełnych informacji mogli przykładowo różnie wycenić tzw. ryzyko kontraktowe.

Odwołujący podniósł następnie, że Zamawiający formułując zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny w żaden sposób nie wskazał, co – wobec szczegółowych wyjaśnień złożonych przez Odwołującego – stanowi i potwierdza zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie przytoczył żadnego argumentu, żadnej pozycji wyjaśnień, która stanowiłaby podstawę zarzuty Zamawiającego. Zamawiający poprzestał na lakonicznym uzasadnieniu, iż złożone przy wykonawcę wyjaśnienia nie są wystarczające do uznania zasadności tak ustalonej ceny, w szczególności biorąc pod uwagę i poszczególne jej składniki jak i całość. Odwołując podkreślił, iż Zamawiający uchybił swojemu obowiązkowi uzasadnienia, co i dlaczego uznał za okoliczności potwierdzające zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny. Na potwierdzenie przedmiotowego zarzutu Odwołujący przywołał liczne orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych (sygn. akt KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11, KIO 2640/11, wyrok KIO 2723/11, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt V Ga 106/12).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp Odwołujący wskazał w szczególności, że zawarta w tym przepisie podstawa nie może służyć do uznaniowego, dowolnego odrzucania ofert. Podkreślił, że odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o ten przepis jest całkowicie bezpodstawne i trudnym jest odgadnięcie racjonalnego powodu takiego działania, jak i niemożliwym jest odszukanie jego uzasadnienia faktycznego i prawnego w dokumentacji postępowania.

Odwołujący wskazał także, że przedmiotowe postępowanie jest zamówieniem dodatkowym – dokończeniem inwestycji. Odwołujący podkreślił przy tym, że realizując I etap inwestycji wielokrotnie zgłaszał błędy w przekazanych przez Zamawiającego projektach, niezgodność ze stanem faktycznym, braki w dokumentacji i przedmiarach wskazanych przez wykonawcę elementów, brak dookreślenia merytorycznych kwestii. Odwołujący wyjaśnił dodatkowo, że żadna ze stron nie odstąpiła od umowy na realizację I etapu. Odrzucenie zaś

oferty Odwołującego z powołaniem się na fakt realizacji I etapu inwestycji stanowi rażąco naruszenie zasad systemu zamówień publicznych. Ponadto pośrednim naruszeniem zasady przejrzystości, wskazanej w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) było również to, iż Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytania dotyczące przedmiotu zamówienia (celem usunięcia niejednoznaczności opisu i naruszenia art. 29 Pzp), powodując tym wystąpienie rozbieżności w cenach ofert.

W toku postępowania Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości z uwagi na bezzasadność stawianych zarzutów. W uzasadnieniu przedstawionego stanowiska Zamawiający wskazał w szczególności:

Na błędne przeświadczenie Odwołującego, iż cena odczytana na otwarciu ofert stanowi rzeczywistą rynkową cenę przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Zamawiający podał, że wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT została określona na kwotę 472.270,22 zł, która to kwota wynika z opracowanego w grudniu 2013 r., kosztorysu inwestorskiego. W konsekwencji, odnosząc się do realiów rynkowych, oferta Odwołującego – z ceną 265.065,00 zł netto – stanowiła ofertę wskazującą na ustalenie jej wykonania za rażąco niską cenę, szczególnie, że dwie pozostałe oferty złożone w tym postępowaniu nie odbiegały w sposób tak rażący od w/w kwoty. Zamawiający podkreślił jednocześnie, że Odwołujący, który nie został pozbawiony możliwości wykazania, iż cena przez niego zaoferowana jest wartością realną i pozwala na należyte zrealizowanie zamówienia, nie przedstawił rzeczowej argumentacji, jak również dowodów uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny, poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowego oświadczenia pozbawionego merytorycznej argumentacji. W konsekwencji, Zamawiający dokonując oceny jakości wyjaśnień legitymowany był do odrzucenia oferty Odwołującego wobec uznania, iż domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny nie zostało obalone. Działanie Zamawiającego nie może być zatem uznane, jako sprzeczne z obowiązującymi przepisami. Podniesiono dodatkowo, iż Odwołujący koncentruje treść swojego odwołania na usiłowaniu wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma znamion wartości rażąco niskiej, podczas gdy dla przedmiotu niniejszej sprawy istotne znaczenie ma również treść art. 90 ust. 3 Pzp, przewidującego sankcję w postaci odrzucenia oferty, co do której wykonawca nie przedstawił merytorycznych argumentów i dowodów, mogących potwierdzać stanowisko przeciwne. W niniejszej sprawie Odwołujący nie przedstawił rzeczowej i konkretnej argumentacji pozwalającej na zweryfikowanie czynników, które kształtowały cenę, nie sprostął więc ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, iż przedłożona oferta nie jest rażąco niska. Zamawiający wyjaśnił również, że dokonując oceny ofert – cenę oferty Odwołującego odniósł

do pozostałych dwóch ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, których wartość była do siebie zbliżona, jednakże bardzo odbiegająca od oferty Odwołującego. W odpowiedzi Zamawiający przytoczył ponadto konkretne pozycje z arkusza wyceny, złożonego przez Odwołującego, które potwierdzały końcowe zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Zaznaczono także, że oceniając ofertę Odwołującego, Zamawiający wziął pod uwagę uzasadnienie w zakresie możliwości obniżenia ceny ze względu na zatrudnienie do realizacji zadania objętego postępowaniem pracowników młodocianych. Brak było jednak podstaw do uznania przedmiotowych okoliczności za czynnik mogący wpłynąć na pozytywną ocenę oferty Odwołującego. W tym zakresie Zamawiający podniósł w szczególności, że do realizacji zadania objętego postępowaniem nie mogą być zatrudniani pracownicy młodociani, jak również przedstawił zastrzeżenia dotyczące przedłożonych przez Odwołującego umów, uznając ostatecznie, że nie mogły one stanowić podstawy do oceny wartości złożonej oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, Zamawiający argumentował natomiast, że w wyniku tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dojść ma do wykonania zastępczego, zgodnie z art. 491 Kodeksu cywilnego – co skutecznie wyklucza Odwołującego z grona wykonawców mogących wykonać to zamówienie, a przez to z udziału w postępowaniu. Zamawiający stanął na stanowisku, że próba wyłonienia wykonawcy w trybie konkurencyjnym nie może oznaczać dostępności takiego zamówienia dla nierzetelnego wykonawcy, który nie wykonał tego zamówienia w oparciu o wcześniej przeprowadzone postępowanie i zawartą umowę. Celem przedmiotowego postępowania jest wyłonienie nowego podmiotu, innego niż dotychczasowy wykonawca, który nie zdołał zrealizować swoich obowiązków umownych w ramach już istniejących umów. W tych okolicznościach zawarcie nowej umowy z tym wykonawcą pozostawałoby w oczywistej sprzeczności z istotą i celem tak ukształtowanego stosunku zobowiązaniowego, w ramach którego Zamawiający zmuszony jest poszukiwać wykonawcy, który w ramach wykonania zastępczego zrealizuje czynności, których nie zdołał wykonać Odwołujący. W konsekwencji, nieracjonalne i sprzeczne z art. 353 (1) Kodeksu cywilnego byłoby zawarcie umowy z tym samym podmiotem, którego dotychczasowe nierzetelne działania doprowadziły do konieczności zainicjowania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. W takim szczególnym przypadku złożenie oferty przez Odwołującego jest niezgodne i sprzeczne z zamiarem Zamawiającego (wybór wykonawcy w zastępstwie), co powoduje prawem wykluczoną i dającą się z góry przewidzieć niemożliwość zawarcia umowy, z uwagi na fakt, iż byłaby ona sprzeczna z istotą stosunku zobowiązaniowego w ramach tzw. wykonania zastępczego oraz zgodnym zamiarem stron, a więc tym samym zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego, nie będzie mogło dojść do jej zawarcia, co w rezultacie będzie sprzeczne ze swobodą w zawieraniu umów, czyli z art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 Pzp. Jak wskazano, działania Odwołującego w realiach niniejszej sprawy winny być oceniane

również z punktu widzenia art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, w szczególności w zakresie sprzeczności tych działań ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa.

W toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska.

Zamawiający wyjaśnił przy tym, iż nie uchybił obowiązkowi odpowiedzi na pytania wykonawców. Podniesiono jednocześnie, iż pytania Odwołującego zostały złożone po terminie. Zaznaczono dodatkowo, że część z tych pytań zawartych było w złożonym w terminie zapytaniu innego oferenta i Zamawiający udzielił w tym zakresie szczegółowych odpowiedzi.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił skutecznie wykonawca – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „JKB” Sp. j., J. K....., J. P....., B. W....., ul. Spacerowa 13, 58-100 Świdnica. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości, podnosząc m.in., iż w ofercie Odwołującego znajdują się poważne błędy techniczne, a zaoferowana cena ogólna, jak i poszczególne jej składniki cenotwórcze, zostały rażąco zaniżone i nie stanowią one cen realnych.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający – Spółka Celowa Wałbrzyskie Centrum Sportowo-Rekreacyjne „AQUA-ZDRÓJ” Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są *„Roboty budowlane (w tym dostawa wraz z montażem osprzętu wykazanego w arkuszu wyceny łącznie z automatyką) umożliwiające dokończenie instalacji kotłowni i instalacji solarnej Krytej Pływalni i Hotelu, synchronizację pracy kotłowni z systemami wentylacji, technologii wody basenowej i wody użytkowej oraz uzyskaniem decyzji UDT”*. Szczegółowe zestawienie prac w ramach przedmiotu zamówienia zawarte zostało w arkuszu wyceny (załącznik nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 stycznia 2014 r., pod nr 8136-2014. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z pierwotnie ustalonym terminem, oferty należało złożyć w siedzibie Zamawiającego do dnia 23 stycznia 2014 r., do godz. 10:00 (pkt XI ppkt 1 SIWZ). W związku z koniecznością przygotowania odpowiedzi na pytania złożone przez wykonawców Zamawiający zmienił termin składania ofert i wniesienia wadium na dzień 28 stycznia 2014 r., godz. 10:00 (ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, Biuletyn Zamówień Publicznych nr ogłoszenia: 24950-2014 z dnia 22 stycznia 2014 r.).

Pismem z dnia 24 stycznia 2014 r., Zamawiający dokonał czynności odpowiedzi na pytania oraz modyfikacji nr 2 SIWZ zmieniając m.in. termin składania ofert i wniesienia wadium na dzień 29 stycznia 2014 r., godz. 10:00. Przedmiotowym pismem Zamawiający udzielił odpowiedzi na 65 pytań, dołączając jednocześnie zmodyfikowany arkusz wyceny (wyjaśnienia nr 1 i modyfikacja nr 2 z dnia 24 stycznia 2014 r.; ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, Biuletyn Zamówień Publicznych nr ogłoszenia: 29124-2014 z dnia 24 stycznia 2014 r.). W dniu 27 stycznia 2014 r. Zamawiający dokonał modyfikacji nr 3 do zamówienia publicznego zmieniając brzmienie § 4 ust. 2 umowy, a w dniu 28 stycznia 2014 r., modyfikacji nr 4 (modyfikacja nr 3 z dnia 27 stycznia 2014 r.; modyfikacja nr 4 z dnia 28 stycznia 2014 r.).

Odwołujący złożył ofertę, do której dołączył arkusz wyceny uwzględniający wprowadzone przez Zamawiającego modyfikacje. Zaoferowana przez Odwołującego cena brutto wyniosła 326.029,95 zł. W postępowaniu złożone zostały także dwie inne oferty, odpowiednio na kwoty brutto: 525.893,88 zł oraz 540.621,16 zł (oferta Odwołującego wraz z załącznikami, Informacja z otwarcia postępowania nr 1/2014).

W dniu 5 lutego 2014 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do podania wszystkich składników zaoferowanej ceny oraz sposobu jej kalkulacji, w szczególności takich składników jak: wynagrodzenie zatrudnionych przy realizacji umowy osób, koszt zakupionych materiałów, koszty stałe typu koszty dojazdu do siedziby Zamawiającego, koszty prowadzenia biura (telefony, energia, koszty wynajmu) oraz zakładany zysk – w odniesieniu do zaproponowanej ceny ryczałtowej jak i do poszczególnych pozycji wymienionych w arkuszu wyceny. W wezwaniu, powołując się na wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 748/13, podkreślono, że wykonawca powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy wpłynęły na jej obniżenie, jak również powinien przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia wskazanych okoliczności. Zamawiający wyjaśnił przy tym, że w toku oceny weźmie pod uwagę wszystkie czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 Pzp, w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, ale również wszystkie inne czynniki wpływające na wysokość oferty, które wskaże wykonawca, jeżeli są zgodne z prawem oraz nie zakłócają uczciwej konkurencji (pismo z dnia 5 lutego 2014 r., nr Ldz. 791/2014).

W odpowiedzi Odwołujący zakwestionował w pierwszej kolejności zaistnienie podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp. Ustosunkowując się do żądań Zamawiającego wskazał natomiast, że jako wykonawca rzetelny i od lat istniejący na rynku, każdorazowo sporządza kalkulację z należytą starannością. Przystępując do

przetargu przeanalizował wszelkie możliwe informacje na temat realizowanego przedsięwzięcia, w tym zakres prac wraz ze SIWZ. Podczas wykonywania wyceny zostały wzięte pod uwagę liczne czynniki, które mogły wpłynąć na naszą ostateczną wartość robót. W tym zakresie Odwołujący podał, że dzięki zatrudnianiu pracowników młodocianych uzyskuje dotacje z funduszu pracy, co powoduje obniżenie kosztów związanych z wypłatą wynagrodzeń oraz innych świadczeń. Takie zarządzanie zasobem ludzkim daje swoje pozytywne odzwierciedlenie w postaci bardzo obniżonych kosztów własnych. Dla potwierdzenia przedmiotowych okoliczności Odwołujący załączył umowy zawarte z pracownikami młodocianymi. Podkreślono następnie, że w przypadku przystępowania do zamówienia publicznego główną rolę odgrywa wartość robót. Odwołujący zaś, jako wieloletni i rzetelny odbiorca, który dokonuje bardzo dużych zakupów u swoich dostawców może liczyć na duże rabaty cenowe sięgające nawet 50%. Z tego też względu Odwołujący dysponuje dużą możliwością stosowania manipulacji cenowych, która to okoliczność ma zasadnicze znaczenie, gdyż pozwala na uzyskanie bardzo niskich kosztów zakupu materiałów i części zamiennych. Ponadto, wyjaśniono, iż pracownicy którzy wykonywaliby roboty ze względu na dużą odległość pomiędzy siedzibą Odwołującego, a siedzibą Inwestora zostaną zlokalizowani w miejscu wykonywania powierzonych prac, co pozwoli na obniżenie kosztów dojazdu oraz rzetelne wykonywanie robót. Jako kolejny aspekt wskazano, iż Odwołujący dokonał dwukrotnych wizji lokalnych z automatykiem, które pomogły ustalić zakres prac oraz ustalić ich wartość. Wraz z pismem Odwołujący złożył dodatkowo arkusz wyceny z podziałem na materiały, robociznę, sprzęt, koszty ogólne oraz zysk, jak również ofertę wstępną na najdroższe urządzenie do zamontowania na układ dozowania środków chemicznych OXIPERM PRO firmy Grundfos (pismo z dnia 12 lutego 2014 r, wraz z załączonymi umowami o pracę w celu przygotowania zawodowego, arkuszem wyceny oraz ofertą wstępną).

Pismem z dnia 21 lutego 2014 r., Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując, iż do realizacji zamówienia została wybrana firma Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe JKB Spółka Jawna, J..... K....., J..... P....., B..... W....., ul. Spacerowa 13, 58-100 Świdnica, której oferta na kwotę 525.893,88 zł, otrzymała 100 pkt w kryterium ceny brutto. Drugie miejsce w rankingu ofert zajęła oferta na kwotę 540.621,16 złożona przez firmę Elear K..... G....., ul. Karola Miarki 66, 58-500 Jelenia Góra. Przedmiotowym pismem Zamawiający poinformował jednocześnie, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający wskazał, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie są wystarczające do uznania zasadności tak ustalonej oferty, w szczególności biorąc pod uwagę i poszczególne jej składniki, jak i całość. W odniesieniu do uznania oferty Odwołującego także za niezgodną z ustawą, Zamawiający

podał, iż stoi ona w sprzeczności z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 (1) oraz art. 491 Kodeksu cywilnego. Uzasadniono, iż art. 353 (1) Kodeksu cywilnego zastrzega, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Na tej podstawie Zamawiający wywiódł, iż skoro przedmiotowe zamówienie stanowi zlecenie wykonania zastępczego za zamówienie, które firma Odwołującego wykonała w sposób nienależyty i nieterminowy, jego realizacja przez Odwołującego stałaby w sprzeczności z treścią art. 353 (1) Kodeksu cywilnego, a tym samym z treścią art. 139 Pzp.

Przedmiotowy stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści SIWZ, treści oferty Odwołującego, treści wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na wezwanie oraz oświadczeń i dowodów stron złożonych w trakcie rozprawy. Izba uznała wartość dowodową złożonej przez Zamawiającego na rozprawie wyceny sporządzania dokumentacji powykonawczej z naniesieniem zmian powykonawczych dla dwóch kotłowni gazowych. Przedmiotowy dokument został sporządzony przez osobę posiadającą stosowne uprawnienia projektowe, w sposób rzetelny i kompleksowy oraz zgodnie ze Środowiskowymi Zasadami Wyceny Prac Projektowych. Nie zaistniały żadne okoliczności, które mogłyby podważyć wartość dowodową tego dokumentu. Za udowodnione Izba uznała także, że faktycznie wartość szacunkowa zadania została przez Zamawiającego określona na kwotę 472.270,22 zł netto. Okoliczność ta została potwierdzona załączonym do akt kosztorysem inwestorskim, który również należało uznać za wiarygodne źródło dowodowe. Izba dopuściła dowód zawnioskowany przez Odwołującego w toku rozprawy w postaci ofert dostawców, powołany na okoliczność wykazania posiadania przez Odwołującego znacznych upustów cenowych. Dowód ten nie wniósł nowych okoliczności do sprawy. Tożsama oferta wstępna znajdowała się już w aktach sprawy. Izba nie uznała jednocześnie wartości dowodowej przedłożonych ofert. Przede wszystkim w kolumnie „rabat” oferty te nie przedstawiały żadnych wartości, a ponadto dotyczyły one tylko jednego elementu zamówienia. Ponadto treść oferty wstępnej załączonej do akt postępowania podważała posiadanie przez Odwołującego wyjątkowych rabatów cenowych.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania.

Odwołanie nie zasługiwało jednak na uwzględnienie.

Na wstępie należy podkreślić, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a więc stan rzeczy na moment zamknięcia rozprawy. Nie ulega wątpliwości, iż w niniejszej sprawie Zamawiający w chwili przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty nie wyjaśnił Odwołującemu w sposób szczegółowy podstaw swojej decyzji. Nie może to jednak przesądzać automatycznie, że czynność odrzucenia oferty, z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, była niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgromadzony bowiem w sprawie materiał dowodowy oraz wyjaśnienia stron nie dają podstaw do uznania, by Zamawiający dopuścił się w tym zakresie naruszeń.

Przede wszystkim, w ocenie Izby, Zamawiający miał podstawy do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Bezsprorna okoliczność podania na otwarciu ofert kwoty 250.000 zł, jako przeznaczonej na realizację zamówienia, nie powodowała samoczynnie, by w realiach niniejszej sprawy nie wystąpiły obiektywne przesłanki oraz uzasadnione po stronie Zamawiającego wątpliwości, do powzięcia podejrzenia o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny. Kwota podana na otwarciu ofert nie stanowi wprost wartości zamówienia. Wyznacznik ten nie może w sposób wyłączny determinować okoliczności i oceny w zakresie zaistnienia przypadku zaoferowania rażąco niskiej ceny, a wcześniej w zakresie podstaw do powzięcia przez Zamawiającego przekonania o potrzebie uruchomienia procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp. Należy wskazać, iż zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 1 Pzp, wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Kosztorys inwestorski stanowi względnie miarodajny wyznacznik wartości prac, materiałów, sprzętu opracowany z uwzględnieniem statystycznie funkcjonujących cen oraz ilości zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, na podstawie kosztorysowych norm nakładów rzeczowych i katalogów nakładów rzeczowych. Wskazane w kosztorysie inwestorskim ilości nakładów można traktować miarodajne do przyjęcia ilości odpowiednich nakładów do wykonania zamówienia, gdyż w powyższym zakresie kosztorys inwestorski stanowi odzwierciedlenie przedmiotu zamówienia – jego zakresu oraz niezbędnych do jego realizacji jednostek sprzętu, materiałów, czy pracy (por. wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 586/11).

W niniejszej sprawie wartość kosztowa robót, bez podatku VAT, wynikająca z kosztorysu inwestorskiego została określona na kwotę 472.270,22 zł. Zamawiający w sposób należyty wykazał, iż ta właśnie kwota stanowiła faktyczną wartość szacunkową zadania. Mając następnie na względzie, iż w postępowaniu zostały złożone dwie oferty na kwoty 525.893,88 zł brutto i 540.621,16 zł brutto, analiza zaproponowanej przez Odwołującego ceny – która w ujęciu netto była niższa od wartości kosztorysowej robót

o 44% – w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia, wartości szacunkowej oraz cen innych ofert złożonych w postępowaniu, uzasadniała, zdaniem Izby, skierowanie do Odwołującego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (por. przykładowo: wyrok KIO z dnia 20 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2192/11, wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1145/12).

Izba nie podzieliła zarzutów Odwołującego, iż przedmiotowe wezwanie nie było precyzyjne, w szczególności by nie zawierało zobowiązania do wskazania elementów, jakie miały wpływ na cenę oraz przedstawienia dowodów. W treści wezwania Zamawiający zawarł odrębny akapit, w którym zastrzegł, że wezwany wykonawca powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez wykonawcę elementy wpłynęły na jej obniżenie, jak również, że powinien przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia przytaczanych w odpowiedzi okoliczności. Z faktu, że konstrukcja tej części wezwania została oparta na przytoczeniu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nie można wywodzić braku wyszczególnienia obowiązku przedstawienia elementów obniżających cenę. Treść wystosowanego wezwania nie budzi wątpliwości i zdaniem Izby nie powodowała żadnych trudności interpretacyjnych. W okolicznościach niniejszej sprawy sposób sformułowania wezwania nie powinien po stronie Odwołującego, będącego przedsiębiorcą, a więc podmiotem, którego działania ocenia się przez pryzmat podwyższonej staranności, powodować żadnych wątpliwości, iż Zamawiający zażądał wykazania w odpowiedzi, co i w jakim stopniu spowodowało obniżenie ceny, jak również przedłożenia dowodów potwierdzających powoływane okoliczności.

Podsumowując tę część wywodów, w ocenie Izby, Zamawiający miał zarówno podstawy do wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, jak również wystosowane przez niego wezwanie w sposób szczegółowy określało zakres żądanych wyjaśnień i dowodów.

W tym stanie faktycznym to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, iż powzięte przez Zamawiającego wątpliwości, co do zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp stwarza bowiem wzruszalne domniemanie, że cena oferty wezwanego wykonawcy jest rażąco niska. W konsekwencji przyjętego domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, wykonawca zmuszony jest do jego obalenia, poprzez przedstawienie stosownych dowodów, potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale że ze względu na obiektywne czynniki – opisane przykładowo w art. 90 ust. 2 Pzp – jest w stanie wykonać cały zakres zamówienia za zaoferowaną cenę z określonym zyskiem. Nie jest wystarczające w tym zakresie złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Udzielone wyjaśnienia mają, bowiem potwierdzać, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Informacje i dowody przedstawione przez

wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą być przy tym znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego – celem umożliwienia mu podjęcia decyzji, co do ewentualnego przyjęcia lub odrzucenia oferty – a nie przedstawiane dopiero w toku postępowania odwoławczego (por. wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 120/13, wraz z przywołanym tam orzecznictwem).

W niniejszej sprawie Odwołujący nie sprostął powyższym wymogom. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż udzielona odpowiedź nie przedstawiała rzeczowej i konkretnej argumentacji, pozwalającej na zweryfikowanie czynników, które kształtowały cenę zaoferowaną przez Odwołującego, jak również, że nie zostały załączone dowody, które potwierdzałyby okoliczności powoływane dla wykazania realności zaoferowanej ceny. Przeprowadzonej w tej materii ocenie Zamawiającego, przy uwzględnieniu stanu sprawy ustalonego na moment zamknięcia rozprawy, nie można zarzucić dowolności i braku podstaw. Szczegółowe wyjaśnienia przedstawione w toku rozprawy wykazały, iż Zamawiający dowiódł, że w sposób prawidłowy i umotywowany dokonał krytycznej oceny wyjaśnień Odwołującego. I tak:

W treści odpowiedzi Odwołujący ograniczył się do ogólnego argumentu, iż jako wieloletni i rzetelny odbiorca, może liczyć na duże rabaty cenowe sięgające nawet 50%. Przedmiotowe twierdzenia nie zostały jednak należycie udowodnione, ani nawet uprawdopodobnione. Odwołujący, deklarując dysponowanie możliwością uzyskania tak znacznych rabatów w ramach wypracowanych łańcuchów dostaw nie przedstawił żadnych obiektywnych i rzeczowych dowodów, które potwierdzałyby te okoliczności. Załączona do odpowiedzi, wstępna oferta na najdroższe urządzenie do zamontowania na układ dozowania środków chemicznych OXIPERM PRO firmy Grundfos, nie mogła zostać uznana za tego rodzaju dowód. Przedmiotowa oferta dotyczyła tylko jednego elementu zamówienia, a przede wszystkim nie potwierdzała podnoszonej przez Odwołującego okoliczności dysponowania możliwością uzyskania znacznych rabatów cenowych. Należy zwrócić uwagę, iż z korespondencji ujętej w treści tej oferty wynika, że uwzględnia ona – cytując – „ogólne warunki sprzedaży oraz dostawy”. W kolumnie oferty dotyczącej rabatów nie widnieją także żadne wartości. Wynikająca z przedmiotowej oferty cena netto jest jednocześnie ceną wyższą niż cena wskazana przez Odwołującego dla tego urządzenia w załączonym do odpowiedzi arkuszu wyceny (pkt 8 arkusza wyceny).

W tożsamy krytyczny sposób należało ocenić ogólne wyjaśnienia dotyczące możliwości obniżenia ceny z uwagi na zlokalizowanie pracowników w miejscu realizacji inwestycji, z uwagi na dużą odległość pomiędzy siedzibą Odwołującego, a miejscem wykonywania zamówienia. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych rzeczowych wyliczeń, ani ich rzeczywistego wpływu na zaoferowaną cenę końcową. Pominięto przy tym okoliczność, iż zlokalizowanie pracowników wiąże się także z określonymi kosztami.

Odpowiedź nie zawierała informacji, ani dowodów na wykazanie, by Odwołujący dysponował w tym zakresie możliwością znacznego zredukowania przedmiotowych kosztów.

W sposób umotywowany Zamawiający nie uznał także, zdaniem Izby, przytoczonej przez Odwołującego okoliczności zatrudniania pracowników młodocianych, za rzeczowy element mogący uzasadniać obniżenie zaoferowanej ceny. Co prawda, przedstawiony w treści odpowiedzi na odwołanie zarzut, co do braku podpisów na przedłożonych przez Odwołującego umowach o pracę w celu przygotowania zawodowego, był zarzutem chybionym, niemniej jednak pozostałe argumenty Zamawiającego należało uznać za zasadne. Przede wszystkim Zamawiający podniósł, iż do realizacji zadania objętego postępowaniem nie mogą być zatrudnieni pracownicy młodociani. Zamawiający nie określił w SIWZ szczególnych wymagań w odniesieniu do dysponowania przez wykonawców osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Nie oznacza to jednak, że nie obowiązują w tej materii wymogi i ograniczenia wynikające bezpośrednio z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Okolicznością bezsporną dla stron był fakt, że realizacja zamówienia związana będzie z wykonywaniem prac na wysokości. Zgodnie z art. 204 § 1 Kodeksu pracy, nie wolno zatrudniać młodocianych przy pracach wzbronionych, których wykaz ustala w drodze rozporządzenia Rada Ministrów. Na mocy w/w delegacji ustawowej zostało wydane rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 sierpnia 2004 r. w sprawie wykazu prac wzbronionych młodocianym i warunków ich zatrudniania przy niektórych z tych prac (Dz. U. z 2004 r., Nr 200, poz. 2047 ze zm.). W wykazie prac wzbronionych młodocianym wymienione zostały m.in. prace na wysokości powyżej 3 m, grożące upadkiem z wysokości (Załącznik nr 1, rozdział III. Prace stwarzające zagrożenie wypadkowe, pkt 10). Jednocześnie rozporządzenie zawiera wykaz prac wzbronionych, przy których zezwala się na zatrudnianie młodocianych w wieku powyżej 16 lat, dopuszczając dla młodocianych w wieku powyżej 17 lat prace na wysokości do 10 m, ale tylko w wymiarze do 2 godzin na dobę, pod warunkiem pełnego zabezpieczenia przed upadkiem i wyłączenia innych zagrożeń (Załącznik nr 2, rozdział III. Prace stwarzające zagrożenie wypadkowe, pkt 9 lit. d). Istnieje także szereg ograniczeń w zakresie dźwigania przez młodocianych ciężarów. Zamawiający podkreślił w tym miejscu, iż jeden kolektor waży ok. 80 kg. W treści umów przedłożonych przez Odwołującego wskazano, iż przygotowanie zawodowe będzie odbywało się w Eko-Tech K..... S....., ul 27-go stycznia 7, 83-140 Gniew, zaś obowiązek doksztalcania zawodowego będzie realizowany w szkołach w Gniewie i Pelplinie, a więc kilkaset kilometrów od miejsca realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Nakazywało to powzięcie wątpliwości, co do faktycznego miejsca wykonywania pracy oraz wypełnienia ustawowego obowiązku umożliwienia młodocianym realizacji obowiązku doksztalcania. Zamawiający zwrócił także uwagę na obowiązki

wynikające z badań lekarskich młodocianych oraz okoliczność, iż przedstawione przez Odwołującego dokumenty nie mogły stanowić podstawy do oceny wartości złożonej oferty, gdyż nie zawierały zasadniczych elementów potwierdzających ich ważność. Załączone umowy jedynie wymieniały, jako załącznik, orzeczenie uprawnionego lekarza stwierdzającego brak przeciwwskazań do pracy. Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, w ocenie Izby, ogólne przytoczenie faktu zatrudniania młodocianych oraz fragmentaryczne przedstawienie dokumentów z tym związanych, uprawniały Zamawiającego do krytycznej oceny wyjaśnień Odwołującego, a w konsekwencji odrzucenia tych okoliczności, jako dopuszczalnego elementu mogącego rzeczywiście wpłynąć na obniżenia ceny.

W toku postępowania Zamawiający wykazał także brak podstaw do przyznania wartości informacjom przedstawionym przez Odwołującego w dołączonym do odpowiedzi na wezwanie arkusza wyceny. W ocenie Izby Zamawiający w sposób umotywowany odrzucił wartość dowodową przedmiotowego dokumentu, jako dowodu mogącego obalić domniemanie z art. 90 ust. 1 Pzp. Należy w tym miejscu wskazać, iż zgodnie z pkt XII ppkt 2 SIWZ, cena ofertowa ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego i powinna wynikać wprost z arkusza wyceny. W załączniku nr 7 do SIWZ, w § 5 pkt 1 wzoru umowy, także wskazane zostało, iż za wykonanie całości przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe. W toku rozprawy Zamawiający podnosił jednak, iż wynagrodzenie za realizację zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowo-kosztowym, wskazując w szczególności na pkt XII ppkt 7 SIWZ, zgodnie z którym, jeżeli w arkuszu wyceny nie zostały zawarte oddzielne pozycje, to wszystkie roboty muszą być uwzględnione w jednostkowych cenach ryczałtowych istniejących pozycji arkusza wyceny. W ocenie Izby treść SIWZ, jak również wzór umowy, pozwalała jednak Odwołującemu na przyjęcie, iż Zamawiający określił wynagrodzenie, jako ryczałtowe. W konsekwencji Zamawiający dopuścił znaczną swobodę w ustalaniu wartości poszczególnych składników ceny ofertowej w odniesieniu do całości ceny ofertowej. Nie powinno to jednak oznaczać braku możliwości ustosunkowania się do podanych składników cenotwórczych. Należy mieć na względzie, iż celem postępowania w sprawie zamówienia publicznego jest wyłonienie wykonawcy, który zrealizuje przedmiot zamówienia z należytą starannością. Nie można więc odmawiać Zamawiającemu prawa do oceny elementów kształtujących końcową cenę oferty, gdyż ich wycena przekłada się bezpośrednio na perspektywę rzetelnej realizacji całego przedmiotu zamówienia, jak również może mieć istotne znaczenie w kontekście oceny rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 810/13, zamawiającemu wolno jest badać pod kątem ceny rażąco niskiej elementy kalkulacyjne oferty, o ile ich zniżenie może przekładać się na rażące zniżenie ceny zaoferowanej za przedmiot zamówienia.

W niniejszej sprawie Zamawiający odrzucając ofertę wskazał, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie są wystarczające do uznania zasadności tak ustalonej oferty, w szczególności biorąc pod uwagę i poszczególne jej składniki, jak i całość. W toku postępowania Zamawiający podniósł, że wybrane najistotniejsze pozycje z arkusza wyceny prowadziły do wniosku o zniżeniu ceny końcowej minimum o 68.055,00 zł netto, a Odwołujący nie przedstawił wyjaśnień, ani dowodów, które pozwalałyby na uznanie, że złożona oferta, pomimo tak znacznego zniżenia, jest rzetelnie przygotowana oraz, że cena końcowa jest ceną realną i prawidłowo oszacowaną. W ocenie Izby, zarzuty i wątpliwości Zamawiającego znajdowały uzasadnione podstawy. Należy bowiem zważyć, iż:

W pozycjach nr 37 i 75 arkusza wyceny *„Demontaż i ponowny montaż (zgodnie z wytycznymi producenta) kolektorów słonecznych. Poziomowanie płyt kolektorów słonecznych z wymianą zdecentrowanych złączy”*, Odwołujący podał cenę 8.000,00 zł netto. Zgodnie z wyceną przedstawioną w kosztorysie inwestorskim koszt wykonania tego zadania został ustalony na kwotę 29.000,00 zł (pkt 25 d.2 oraz pkt 47 d.4 kosztorysu). Dodatkowo, jak wynika z arkusza wyceny Odwołującego koszt materiału został w tym zakresie ustalony na kwotę 1.300,00 zł. Zamawiający wyjaśnił w toku postępowania, że wykonanie zadania wymaga wymiany 77 kompletów złączy, gdzie możliwa do uzyskania cena rynkowa wynosi ok. 50 zł za komplet. Przeliczenie zaś podanej przez Odwołującego kwoty wskazuje na ustalenie ceny kosztów materiału na nierealnym poziomie 16,88 zł za komplet.

W pozycjach nr 47 i 81 arkusza wyceny *„Napełnienie instalacji solarnej glikolem (Tyfocor LS) i odpowietrzenie układu”* Odwołujący podał wartość materiału w kwotach 3.850,00 zł, a łączna cena została ustalona w kwotach 4.500,00 zł. Zgodnie z wyceną przedstawioną w kosztorysie inwestorskim realizacja tej części zadania z przeprowadzeniem prac regulacyjnych urządzeń i instalacji solarnej została określona na poziomie po 20.000 zł (pkt 34 d.2 oraz 58 d.4 kosztorysu). Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego rażąco zniżone zostały w tym zakresie koszty materiału. Przyjęcie wyliczeń Odwołującego prowadziłoby do uznania za realną cenę 2,32 za litr glikolu, podczas gdy minimalna cena zakupu wynosi od 10 do 14 zł za litr. Podawana przez Odwołującego cena jest nierealna, nawet przy przyjęciu możliwości uzyskania rabatów 50%, na które wskazywał Odwołujący w treści odpowiedzi na wezwanie. Należy wskazać w tym miejscu, iż w trakcie rozprawy Odwołujący podał okoliczność, że ze względu na wcześniejszą współpracę z Zamawiającym jest w posiadaniu zakupionych materiałów i to właśnie pozwoliło mu na zaproponowanie niższej ceny. Izba nie uznała przedmiotowych wyjaśnień za przekonujące. Przede wszystkim okoliczność ta powinna zostać wykazana na etapie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, chociażby za pomocą faktur potwierdzających

zakup, czy stanów magazynowych. W trakcie rozprawy Odwołujący także nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie podnoszonych okoliczności.

W pozycjach nr 49, 50, 53 oraz 83, 84 i 87 arkusza wyceny „Kompletacja dokumentów odbiorowych urządzeń układu technologicznego kotłowni i instalacji solarnej”, „Przygotowanie kompletnej dokumentacji odbiorowej dla rewizji UDT”, „Przeszkolenie pracowników wskazanych przez Użytkownika w zakresie obsługi urządzeń i instalacji kotłowni”, Odwołujący wycenił te pozycje na kwoty – 1.150,00 zł (nr 49, 50 i 53) oraz 1.150,00 zł (nr 83, 84, 87). Zgodnie z pkt 24 d.1 kosztorysu inwestorskiego, przygotowanie dokumentacji, instrukcji obsługi kotłowni, szkolenie personelu, przeprowadzenie procesu odbiorowego z UDT oraz inne prace formalno-prawne związane z dopuszczeniem do użytkowania elementu (Kotłowni) zostało wycenione na kwotę 12.000 zł.

W pozycji nr 51 i 85 arkusza wyceny „Opracowanie dokumentacji powykonawczej z naniesieniem zmian powykonawczych” Odwołujący podał cenę po 500 zł, w tym robocizna została wyceniona na kwotę 250 zł. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego wykonanie przedmiotowej dokumentacji wymaga znacznego nakładu pracy i czasu – ok. 60 godzin pracy wyspecjalizowanej osoby. Cena robocizny podana przez Odwołującego wskazywała natomiast na przyjęcie stawki 4,16 zł za godzinę pracy, którą w warunkach rynkowych należało uznać za cenę nierealną.

W pozycjach 52 i 86 arkusza wyceny „Opracowanie instrukcji eksploatacji kotłowni” Odwołujący przedstawił ceny po 250 zł, w tym robociznę w wysokości 125 zł. Zamawiający wyjaśnił, iż wykonanie tego zadania wymaga opracowania obszernej dokumentacji (ok. 200 stron na każdą kotłownię), przy czym jest to opracowanie indywidualne, przy którym nie można powielać dokumentacji z innych obiektów oraz musi być sporządzone przez specjalistę z dziedziny kotłowni i instalacji solarnych. Podane przez Odwołującego kwoty, w tym przeliczona na kwotę 3,12 zł stawka za godzinę pracy osoby sporządzającej opracowanie, nie mogły zostać uznane za rzeczywiste.

Jednocześnie Zamawiający złożył w toku postępowania dowód w postaci wyceny sporządzenia dokumentacji powykonawczej z naniesieniem zmian powykonawczych dla dwóch kotłowni gazowych, sporządzonej przez osobą z uprawnieniami budowlanymi do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, zgodnie z którą wynagrodzenie za sporządzenie dokumentacji powykonawczej z naniesieniem zmian powykonawczych dla zakresu prac obejmującego: kotłownię o mocy 1,5 MW, kotłownię o mocy 0,6 MW, opracowanie instrukcji eksploatacji kotłowni, kompletację dokumentów odbiorowych urządzeń układu technologicznego kotłowni i instalacji solarnej, kompletację dokumentacji odbiorowej dla rewizji UDT, przeszkolenie pracowników wskazanych przez Użytkownika w zakresie obsługi

urządzeń i instalacji kotłowni), zgodnie ze Środowiskowymi Zasadami Wyceny Prac Projektowych, zostało oszacowane na kwotę 30.363,84 zł netto. Przedmiotowy dowód Izba uznała za w pełni wiarygodny. Nie zasługiwały przy tym na uwzględnienie argumenty Odwołującego, iż tego rodzaju usługa może być różnie wyceniana, a przedstawiany przez Zamawiającego przykłady wyceny nie może przesądzać o tym, iż Odwołujący nie dysponuje możliwością sporządzenia dokumentacji za niższą cenę. To Odwołujący powinien wykazać Zamawiającemu, iż taką możliwość rzeczywiście posiada, w dodatku obowiązany był to uczynić na etapie udzielania odpowiedzi na wezwanie, a nie ograniczać się w tym zakresie do ogólnych stwierdzeń prezentowanych w toku postępowania.

W pozycji 29 i 66 arkusza wyceny *„Montaż automatyki kotłowni w zakresie uzupełniania czujników i okablowania oraz podłączenia elementów, celem współpracy poszczególnych urządzeń technologicznych – w tym kotłów i pomp. Obowiązkiem wykonawcy jest również sprawdzenie, uzupełnienie lub wymiana niezbędnego i okablowania. Zamawiający oczekuje od Wykonawcy doprowadzenia instalacji zasilania i sterowania urządzeń do pełnej sprawności”*, Odwołujący podał łączną kwotę 23.000 zł. Zamawiający podkreślił, że w trakcie realizacji wcześniejszej umowy Odwołujący wycenił wykonanie przedmiotowego zadania dla obu kotłowni na kwotę 48.700,00 zł, zastrzegając możliwość jej podwyższenia. W kosztorysie inwestorskim realizacja tego zadania została wyceniona na kwoty 28.282,00 zł oraz 19.086,52 zł (pkt 10 d.1 i pkt 38 d.3 kosztorysu inwestorskiego). W ocenie Izby również w tym zakresie Zamawiający zasadnie przyjął, że podane kwoty oraz brak wykazania ich realności, stanowią kolejny element potwierdzający zaofiarowanie końcowej ceny w sposób rażąco zaniżony. Bez wpływu na przedmiotową oceną pozostały wyjaśnienia Odwołującego, że bezpodstawnym jest porównywanie w/w okoliczności, gdyż w czasie który upłynął od zaproponowania ceny 48.700,00 zł, mógł ulec zmianie np. łańcuch dostaw, czy mogło dojść do wypracowania lepszych upustów. Należy ponownie podkreślić, że jeżeli tego rodzaju okoliczności faktycznie zaistniały to Odwołujący winien był je udowodnić dla wykazania realności ceny 23.000,00 zł. Przedstawianie hipotetycznego uzasadnienia dla wykazania zasadności swoich twierdzeń, w dodatku na etapie rozprawy, nie zasługuje na aprobatę.

Zamawiający podkreślił w toku postępowania, że wymienione pozycje arkusza wyceny nie stanowią wszystkich przykładów kalkulacji, dla których Odwołujący nie przedstawił rzeczowego uzasadnienia podania tak zaniżonych kwot, jak również dowodów, które mogłyby potwierdzić, że podany poziom cen i kosztów nie wynika z ich rażącego zaniżenia, lecz znajduje swoje podstawy w obiektywnych okolicznościach. W tym zakresie Izba podzieliła zastrzeżenia Zamawiającego. Dla przykładu można wskazać na pozycję 34 arkusza wyceny *„Montaż kurtyny powietrznej wraz z wykonaniem zasilającej instalacji elektrycznej i automatyki sterującej urządzeniem”*, wycenionej przez Odwołującego na kwotę

5.500,00 zł, a oszacowanej w kosztorysie inwestorskim na kwotę 25.123,58 zł (pkt 11 d.1 kosztorysu inwestorskiego), czy pozycję 11 arkusza wyceny „Wymiana instalacji c.w.u. w obrębie kotłowni z rur ocynkowanych na rury ze stali kwasoodpornej (ok. 40 mb) (+rozizolowanie i ponowne zaizolowanie rurociągu)” wycenionej przez Odwołującego na kwotę 12.000,00 zł, a oszacowaną w kosztorysie inwestorskim na kwotę 27.000,00 zł (pkt 17 d.1 kosztorysu).

Reasumując, w ocenie Izby, Odwołujący nie sprostął obowiązkowi obalenia, w sposób obiektywny i rzeczowy, domniemania w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Udzielone w tym zakresie informacje oraz dokumenty dołączone do odpowiedzi na wezwanie nie pozwalały na uznanie, co obiektywnie spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu przytaczane okoliczności i czynniki wpłynęły na jej obniżenie. W konsekwencji przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia nie potwierdziły, iż złożona przez niego oferta została rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Mając za podstawę stan sprawy ustalony na moment zamknięcia rozprawy należało jednocześnie uznać, że Zamawiający sprostął obowiązkowi wykazania prawidłowości przeprowadzonej oceny wyjaśnień wykonawcy, jak również dysponował uzasadnionymi podstawami do uznania, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wykazał nie tylko zniżenie elementów oferty, mających wpływ na cenę końcową (jak również na perspektywę należytego wykonania zamówienia), ale przede wszystkim dokonał całościowej oceny, odnosząc ostateczną cenę zaoferowaną przez Odwołującego do całego przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Zamawiający oparł się nie tylko na szacunkowej wartości zamówienia, ale skonfrontował cenę Odwołującego z cenami zaoferowanymi przez innych wykonawców, biorących udział w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Zamawiający zasadnie przypisał cenie oferty zaproponowanej przez Odwołującego, charakter ceny rażąco niskiej. W konsekwencji nie potwierdził się zarzut odwołania w postaci naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Należy przy tym ponownie podkreślić, iż Odwołujący nie przedstawił w istocie żadnych rzeczowych dowodów, ani wyjaśnień, które mogłyby stanowić podstawę do pozytywnej weryfikacji zaoferowanej ceny i jej uznania, za cenę realną, umożliwiającą należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia. Nie zostało to uczynione na etapie udzielania odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, ale także w toku postępowania przed Izbą Odwołujący nie wykazał w sposób rzeczowy, by dokonana w tym względzie ocena Zamawiającego była błędna, a to na nim – stosownie do art. 190 ust. 1 Pzp – spoczywał w tym zakresie ciężar dowodowy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uznała, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający całkowicie bezpodstawnie uznał, iż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu także, jako niezgodna z ustawą. Zamawiający starał się uzasadnić wskazaną podstawę odrzucenia własną oceną, co do rzetelności Odwołującego. Należy wskazać, iż ustawodawca przewidział mechanizmy mające na celu uniemożliwienie udziału w postępowaniu nierzetelnym wykonawcom. Zgodnie z art. 24 ust. 1 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania (pkt 1), jak również wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła, co najmniej 5 % wartości umowy (pkt 1a). Stosownie do art. 154 pkt 5a Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych prowadzi, ogłasza, aktualizuje wykaz wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, oraz dokonuje wykreśleń wykonawców z wykazu. W niniejszej sprawie, pomimo sygnalizowanego sporu, Zamawiający nie odstąpił od umowy zawartej z Odwołującym. Zamawiający nie dysponuje także orzeczeniem sądu, które potwierdzałoby nienależyte wykonanie umowy. Pod pretekstem oceny oferty, jako niezgodnej z ustawą, nie jest dopuszczalne dokonywanie oceny podmiotowej i eliminowanie z postępowania wykonawcy, w stosunku do którego nie ziszczyły się podstawy do wykluczenia z postępowania, a któremu to wykonawcy zamawiający zarzuca jedynie nierzetelność i wyrządzenie szkody. Własne przeświadczenie Zamawiającego, nie poparte następnie konkretnymi działaniami – czy to w postaci rozwiązania, odstąpienia od umowy, czy uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia sporu cywilnego, potwierdzającego wyrządzenie szkody – nie jest wystarczające w tym względzie. Za bezpodstawne należy uznać stanowisko Zamawiającego, iż z uwagi na dotychczasową współpracę z Odwołującym celem niniejszego postępowania musiało być wybranie innego wykonawcy. Jeżeli nie zostaną spełnione ustawowe przesłanki nakazujące wykluczenie z postępowania nie jest dopuszczalne zakładanie *a priori* braku możliwości uczestniczenia danego wykonawcy w postępowaniu i odmawianie mu prawa do ubiegania się o zamówienie publiczne. Niezgodność z ustawą, na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, należy odnosić do oferty, a nie do podmiotu składającego ofertę, co do którego nie ziszczyły

się przesłanki wykluczenia. Przedmiotowej niezgodności nie można także odnosić do zdarzeń przyszłych w postaci ewentualnego zawarcia umowy i argumentować rzekomym naruszeniem zasad współżycia społecznego, swobody umów, czy sprzecznością ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa. Jak wskazano wcześniej ustawodawca przewidział w ustawie Prawo zamówień publicznych przesłanki warunkujące wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z postępowania. Przedmiotowe regulacje, z uwagi na ich sankcyjny charakter, muszą być wykładane ściśle. Zdaniem Izby, uznanie przedstawionej przez Zamawiającego wykładni art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, mogłoby doprowadzić do obejścia przepisów dotyczących wykluczenia wykonawcy, z uwagi na jego cechy podmiotowe, a zarazem stanowiłoby akceptację dla nieuprawnionej, w ocenie Izby, rozszerzającej wykładni sposobu rozumienia, na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, niezgodności oferty z ustawą.

Powyższe uchybienie, wobec uznania zasadności odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę, pozostało jednak bez wpływu na wynik postępowania. Izba nie uznała także, by Zamawiający dopuścił się w niniejszym postępowaniu nierównego traktowania wykonawców. Ostatecznie o odrzuceniu oferty Odwołującego nie przesądziły bowiem intencje Zamawiającego, lecz obiektywne okoliczności oraz gruntowna i przeprowadzona w sposób rzetelny ocena w zakresie rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do pozostałych sygnalizowanych przez Odwołującego nieprawidłowości, w tym mogących skutkować koniecznością unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego, należy wskazać, że Izba nie jest organem powołanym do ogólnej kontroli działalności zamawiającego. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż Odwołujący popadł w sprzeczność stawiając zarzut nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał bowiem, że przystępując do przetargu przeanalizował wszelkie możliwe informacje, w tym zakres prac wraz ze SIWZ, a ponadto dokonał dwukrotnych wizji lokalnych z automatykiem, które pomogły mu ustalić zakres prac oraz ustalić ich wartość. Abstrahując jednak od tych kwestii należy podkreślić, że z uwagi na wartość zamówienia przedmiotem zarzutów nie mogły być w niniejszej sprawie czynności inne, niż te wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp.

Mając wszystko powyższe na względzie, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, Izba orzekła, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenie pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Jednocześnie, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia żądania Zamawiającego zasądzenia od Odwołującego zwrotu kosztów przejazdu oraz delegacji pracowników w łącznej wysokości 792 zł. Zgodnie z § 3 pkt 2 w/w rozporządzenia Izba orzeka w przedmiocie kosztów strony tylko na podstawie rachunków przedłożonych do akt. Przedłożona na rozprawie kalkulacja kosztów Zamawiającego, podpisana przy tym przez pełnomocnika, nie mogła zostać uznana za rachunek, o którym mowa w powołanym powyżej przepisie. Ponadto, treść kalkulacji nie pozwala ustalić jednoznacznie czego wyspecyfikowane tam wydatki dotyczą – nie wskazano w zestawieniu, co najmniej rodzaju pojazdu, jego marki, ani numeru rejestracyjnego, jak również podstaw zastosowanych przeliczników. Z przedmiotowego zestawienia nie wynika także, czy użyty samochód był samochodem służbowym, czy też samochodem prywatnym użytym w celach służbowych. Należy ponadto podkreślić, iż przepisy w/w rozporządzenia mają charakter autonomicznej regulacji prawnej. Przepisy dotyczące rozliczania należności pracowniczych z tytułu podróży służbowej nie wyłączają konieczności dokonania przez Izbę własnej oceny, co do zakwalifikowania danych kosztów do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: