

WYROK

z dnia 21 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. C. Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC”, Mników 389, 32-084 Morawica** oraz **„BUDWAK” Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku, ul. Rymera 19, 44-270 Rybnik**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Regionalną Dyрекcję Ochrony Środowiska w Katowicach, ul. Dąbrowskiego 22, 40-032 Katowice,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. C. Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” w Mnikowie oraz „BUDWAK” Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. C. Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” w Mnikowie oraz „BUDWAK” Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
A. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. C. Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” w Mnikowie oraz „BUDWAK” Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku na rzecz Zamawiającego: Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Katowicach **kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Katowicach [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Wykonanie zabezpieczenia stropu Jaskini Szachownica przed niekontrolowanym zawalem, w ramach Projektu LIFE+ „Carrying out necessary conservation work on a territory of Szachownica Cave designated within Natura 2000 / Wykonanie zabiegów ochrony przyrody na terenie Specjalnego Obszaru Ochrony Siedlisk Natura 2000 Szachownica” - LIFE12 NAT/PL/00012* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2015 roku pod numerem 2015/S 039-066835.

W dniu 30 kwietnia 2015 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert nr 2 i 3.

W dniu 5 maja 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. C., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. C. Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” oraz „BUDWAK” Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku [zwani dalej łącznie: „Odwołującym”] wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez:

- przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz nie zapewniający równego traktowania wykonawców;
- nieuzasadnione i błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską w rozumieniu ustawy Pzp;
- pominięcie przez Zamawiającego przy przyjmowaniu, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską w rozumieniu ustawy Pzp, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego - w tym

w szczególności związanych z mechanizacją oferowanych przez Odwołującego prac i usług w powiązaniu z własnym, a nie dzierżawionym parkiem maszynowym Odwołującego.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) przeprowadzenie ponownej oceny ofert w postępowaniu,
- 4) wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów, jaki zostanie złożony przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2015 roku do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania, że cena w ofercie nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu ustawy Pzp, złożył stosowne wyjaśnienia z dnia 20 kwietnia 2015 roku. W złożonych wyjaśnieniach podkreślił, że od wielu lat trudni się wykonywaniem usług objętych przetargiem, w tym specjalizuje się w pracach w skałach węglanowych i dysponuje własnym parkiem maszynowym pozwalającym na mechanizację prac, co przekłada się bezpośrednio na koszty robocizny przy ich wykonywaniu. Podniósł, że Zamawiający szacując koszty wykonania prac objętych przetargiem (w tym w kosztorysie inwestorskim) oparł się na istotnych z punktu widzenia oferty Odwołującego założeniach, że wszyscy oferenci - przez okres realizacji zadania, tj. przez 250 dni roboczych, będą dzierżawić za odrębną i dodatkową odpłatnością dwie sprężarki do zasilania wiertnic i kotwiarek, pompę do iniekcji, dwa agregaty prądotwórcze oraz, że robocizna będzie wartościowana i kalkulowana, jak w robotach górniczych dołowych przy wydobywaniu kopaliny w kopalniach głębinowych, co oznacza, że efektywny czas pracy jest mniejszy chociażby z uwagi na konieczność dotarcia do przodka roboczego oraz przygotowań przed zmianą i po zmianie, jak również, że wszyscy oferenci korzystają będą z ręcznych i przenośnych kotwiarek typu Gopher lub Turboblter. Odwołujący zauważył, że powyższe założenia w odniesieniu do oferty złożonej przez niego są całkowicie błędne, co z kolei powoduje nieuzasadnione przyjęcie, iż oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską. Odwołujący podkreślił, że dysponuje własnym sprzętem i nie musi go dzierżawić na warunkach komercyjnych, a koszty uniknięte z tego tytułu, ustalone na podstawie cen rynkowych wynajmu na okres 250 dni roboczych, zamykają się w następujących kwotach: 184.008,00 zł (koszty dla dwóch sprężarek), 46.125,00 zł

(koszty dla jednej pompy iniekcyjnej), 77.622,00 zł (koszty dla dwóch agregatów prądotwórczych bez paliwa, stanowiącego odrębny koszt ujęty w ofercie). Ponadto, Odwołujący stwierdził, że ustalił normy czasu pracy dla potrzeb określenia kosztów robocizny z uwzględnieniem swojego doświadczenia przy pracach dokładnie odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Podniósł także, iż dysponuje własnymi zdalnie sterowanymi i wysokowydajnymi wiertnicami „Ripamonti” oraz kotwiarkami wysokiej wydajności (zarówno przenośnymi, jak i zabudowywanymi lokalnie), w tym wiertnicami zasilanymi hydraulicznie, o dużej wydajności wiercenia, a przez to skracającymi czas wykonania otworów i zmniejszającymi koszty robocizny. Odwołujący wskazał również, że przewidział wykonanie prac przygotowawczych do zabudowy kasztów (w tym w szczególności w zakresie: pobierka spągów, obrywka ociosów i przemieszczanie urobku) przy użyciu własnych, a nie dzierżawionych, mikrokoparek na gumowych podwoziach gąsienicowych o dużym (4,5 metra) wysięgu ramion, co powoduje zwiększenie bezpieczeństwa robót oraz zmniejszenie kosztów robocizny przy skróceniu czasu wykonywania prac. Zauważył, że Zamawiający nie wykluczył możliwości takiej organizacji robót, a Odwołujący ma w tym zakresie odpowiednie doświadczenie i uprawnionych pracowników. Ponadto, wskazał, że przewidział wykonanie prac dokumentacyjnych i kontrolno - pomiarowych przy użyciu sprzętu stanowiącego własność Odwołującego, w tym wiertnic rdzeniowych do wykonania otworów badawczych, skanera laserowego do zastosowań podziemnych, kamer inspekcyjnych do wziernikowania i dokumentacji otworów kotwionych, przyrządu do badania nośności kotew z ciągłą rejestracją poziomu naprężeń, co również pozwala na uniknięcie kosztów dzierżawy czy usług obcych. Odwołujący, podkreślił, że wszelkie wyliczenia kwotowe z uwzględnieniem powyższych faktów i okoliczności zamieścił w Załączniku nr 6, stanowiącym załącznik do jego oferty i jako takie były one Zamawiającemu znane i Zamawiający w tym zakresie pytań do Odwołującego nie kierował. Następnie, Odwołujący stwierdził, że w swojej ofercie uwzględnił rynkowe ceny materiałów wraz ze średnimi kosztami zakupu w wysokości 10-15% i, że są to wartości zgodne z aktualnymi wskaźnikami SEKOCENBUD za pierwszy kwartał 2015 roku oraz, że zastosował rynkową stawkę robocizny 25,00 złotych za roboczogodzinę, która to wartość jest nie mniejsza niż aktualne wskaźniki SEKOCENBUD za pierwszy kwartał 2015 roku dla robót inżynierskich i jest znacząco wyższa niż wyznaczająca płacę minimalną, zaś konkurencyjność oferty Odwołującego wynika z mniejszego zaangażowania robocizny wynikającej z mechanizacji i organizacji prac. Reasumując, stwierdził, że konkurencyjność ceny oferty wynika z jego zaawansowania technologicznego oraz doświadczenia w wykonywaniu robót podobnych, czego Zamawiający nie przewidział, a dzięki czemu o rażąco niskiej cenie nie może być mowy. Do odwołania załączył oferty cenowe na materiały oraz oferty cenowe w zakresie

dzierżawy sprzętu na okoliczność kosztów unikniętych przez Odwołującego i, że cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska. Wskazał też, że rozbieżność ceny zawartej w ofercie względem kosztorysu inwestorskiego wynika wyłącznie z przyjętych przez Zamawiającego założeń dla kosztorysu inwestorskiego w zakresie kosztów dzierżawy sprzętu i nakładu robocizny dla robót niezmechanizowanych wykonywanych sprzętem o nie najwyższej wydajności, jak też robót wykonywanych bez wyspecjalizowanej organizacji pracy, którą z uwagi na doświadczenie w realizacji podobnych zadań dysponuje Odwołujący. Odwołujący załączył do odwołania kosztorysy przy protokołach końcowych oraz kosztorysy ofertowe i kosztorysy wykonawcze dla umów do wykonanych przez Odwołującego robót podobnych, wskazując, że zostały one wykonane na podstawie zamówień publicznych, a ceny jednostkowe i nośniki są zbliżone do wskazanych w ofercie.

Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

A.

1. protokołu odbioru końcowego zabezpieczenia jaskini Szczelina w Paku Kadzielnia w Kielcach wraz z kosztorysem powykonawczym,
2. protokołu odbioru częściowego zabezpieczenia skarpy w Paku Kadzielnia w Kielcach wraz z kosztorysem powykonawczym,
3. protokołu odbioru końcowego zabezpieczenia skarpy w Paku Kadzielnia w Kielcach wraz z kosztorysem powykonawczym,
4. kosztorysu ofertowego i rozliczenia końcowego zabezpieczenia Podziemi Będzińskich,
5. kosztorysu realizacyjnego zadania „zabudowa pomostu widokowego w komorze Maria Teresa II Górna w Kopani Soli Wieliczka”,
6. kosztorysu realizacyjnego zadania „zabezpieczenie komór Geramb w Kopani Soli Wieliczka”,
7. kosztorysu realizacyjnego zadania „zabezpieczenie komory Saurau w Kopani Soli Wieliczka”,
8. kosztorysu realizacyjnego zadania „zabezpieczenie komory Margielnik w Kopani Soli Wieliczka”,
9. kosztorysu realizacyjnego zadania „odtworzenie ciągłości obudowy szybowej szybu Campi w Kopani Soli Bochnia”,
10. protokołu odbioru końcowego wraz z kosztorysem dla robót zabezpieczających komory Maria Teresa II Górna w Kopani Soli Wieliczka,
11. protokołu odbioru końcowego wraz z kosztorysem dla robót zabezpieczających obelisk w komorze Franciszek Karol w Kopani Soli Wieliczka,
12. protokołu odbioru końcowego wraz z kosztorysem dla robót zabezpieczenia

górniczego komór Geramb w Kopalni Soli Wieliczka,

13. protokołu odbioru końcowego wraz z kosztorysem dla robót zabezpieczenia górniczego zachodniej części komody Margielnik w Kopalni Soli Wieliczka,

14. protokołu odbioru końcowego wraz z kosztorysem dla punktu widokowego w komorze Maria Teresa II Górna w Kopalni Soli Wieliczka,

15. protokołu odbioru częściowego wraz z kosztorysem dla górniczych robót zabezpieczających w komorze Saurau w Kopalni Soli Wieliczka,

16. protokołu odbioru końcowego wraz z kosztorysem wykonania kontroli komór wysokich oraz pomiar rozwarości szczelin w Kopalni Soli Wieliczka

na okoliczność rynkowych cen jednostkowych robót analogicznych do zawartych w ofercie;

B.

1. oferty cenowej czterech konkurencyjnych firm specjalistycznych w zakresie wykonania wierceń otworów spągowych,

2. faktury za skanowanie i sporządzenie dokumentacji w Jaskini Głębokiej – na okoliczność wartości rynkowej prac w tym zakresie,

3. zlecenia na wykonanie skanowania laserowego w komorach Franciszek i Ferdynand w Kopalni Soli Wieliczka,

4. protokołu odbioru końcowego wraz z kosztorysem wykonania badania nośności kotew w chodnikach i komorach Kopalni Soli Wieliczka,

5. cennika konkurencyjnej firmy specjalistycznej w zakresie inspekcji telewizyjnej otworów

na okoliczność wartości rynkowej prac we wskazanym zakresie – jako analogicznych do zawartych w ofercie;

C.

1. oferty na elementy kasztu drewnianego,

2. oferty na siatkę okładzinową,

3. oferty na stojaki cierne Valent,

4. oferty na elementy obudowy drewnianej (stropnica, stojak, filarówka),

5. oferty na kształtownik stalowy V25 i stojak cierny SV25,

6. oferty na kotwy systemu Gonar,

7. oferty na linę stalową ocynkowaną ogniowo,

8. oferty na kotwy iniekcyjne i klej do iniekcji kotew oraz materiały pomocnicze,

9. oferty na beton C50/60,

10. oferty na deski iglaste,

11. oferty na pręty stalowe żebrowane,

12. oferty na strzemię kątowe ŁKW,

13. oferty na cement portlandzki R32,

14. oferty na piasek,

15. oferty na drut wiązałkowy

na okoliczność wartości rynkowej materiałów zawartych w ofercie;

D.

1. oferty dzierżawy sprężarki spalinowej,
2. oferty dzierżawy agregatu prądotwórczego jednofazowego,
3. oferty dzierżawy agregatu prądotwórczego trójfazowego,
4. oferty dzierżawy pompy do iniektu,

na okoliczność kosztów unikniętych przez Odwołującego w zakresie dzierżawy sprzętu oraz

E. wydruków z SEKOCENBUD na pierwszy kwartał 2015 w zakresie nośników cenotwórczych na okoliczność prawidłowości nośników przyjętych w ofercie.

Ponadto, w dniu 13 maja 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego datowane na dzień 12 maja 2015 roku, do którego załączył zestawienie tabelaryczne porównania kosztorysu inwestorskiego ze złożoną przez Odwołującego ofertą oraz z pozostałymi ofertami, które nie zostały odrzucone, jak również dokumentację fotograficzną sprzętu i wydruki z ewidencji środków trwałych Odwołującego.

W powołanym piśmie Odwołujący podkreślił, że największe różnice pomiędzy kosztorysem inwestorskim Zamawiającego a ofertą Odwołującego znajdują się w następujących pozycjach: koszty pracy (pozycja 2, 8 i 10), koszty sprzętu (pozycja 5, 8 i 10) oraz w kosztach transportu i zakwaterowania (pozycja 1, 2 i 3). Odnosząc się do kosztów pracy wskazał, że przy wykonywaniu prac związanych z przygotowaniem miejsca pod kaszty i stojaki oraz zabezpieczeniem filara podporowego zamierza użyć własnych minikoparek na gąsienicach gumowych, co miało spowodować znaczne zmniejszenie kosztów robocizny oraz przyśpieszenie wykonawstwa przez mechanizację robót, jak i zwiększenie bezpieczeństwa pracy. Odnosząc się z kolei do wiercenia otworów w stropie o długości 5 metrów z zabudową kotwi iniekcyjnych, podkreślił, że prawidłowo wyliczył koszty robocizny w zakresie wiercenia otworów, przyjmując, że koszt wiercenia pod kotew o długości 5 metrów stanowi 5-krotność kosztu jednostkowego (za 1 metr) oraz, że dla oszacowania kosztów wiercenia ma istotne znaczenie wykorzystanie przez Odwołującego nowoczesnych wiertnic o dużych wydajnościach, które przyśpieszają wykonanie prac. Wskazał ponadto, że posiada własne kotwiarki, dwie sprężarki i dwa agregaty prądotwórcze, ponosząc jedynie koszty amortyzacji tego sprzętu i paliwa, ale już nie ponosząc kosztów komercyjnego najmu. W zakresie kosztów transportu i zakwaterowania wyjaśnił, że nie będzie codziennie transportował pracowników lecz raz w tygodniu roboczym (tam i z powrotem), przyjął rynkowe koszty zakwaterowania pracowników przez cały okres

ich pobytu w miejscu wykonywania pracy, a w pozycji 3 ujął jedynie koszty transportu sprzętu i zaplecza budowy, natomiast same koszty transportu materiałów ujął w kosztach ich zakupu.

W dniu 18 maja 2015 roku - za pośrednictwem faksu, a w dniu 19 maja 2015 roku – w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania. Zamawiający przedstawił argumentację wraz z odwołaniem się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej na potwierdzenie swojego stanowiska.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *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*, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba uwzględniła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak również dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska Stron przedstawione w pismach oraz wyrażone ustnie do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W dniu 17 kwietnia 2015 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie ceny przez udzielenie wyjaśnień dotyczących powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego, np. oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W dniu 23 kwietnia 2015 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia (datowane na dzień 20 kwietnia 2015 roku) w których wskazał, m.in., że: *„Pragnąc sporządzić rzetelną wycenę kosztów realizacji na etapie przygotowania oferty dokonaliśmy podczas wizji lokalnej obiektu szczegółowej inwentaryzacji stanu stropu, ociosów i filarów Jaskini Szachownica. Po przeprowadzeniu wizji lokalnej opracowaliśmy technologię robót bazującą na naszych doświadczeniach w realizacji podobnych prac, przy założeniu maksymalnej mechanizacji robót i ograniczeniu do niezbędnego minimum prac wykonywanych ręcznie, co ma znaczący wpływ na poziom kosztów (...)”*. W dalszej kolejności Odwołujący powołał się w wyjaśnieniach na swoje ponad 30-letnie doświadczenie w zabezpieczeniu obiektów podziemnych i nadziemnych oraz w wykonywaniu tras turystycznych w obiektach podziemnych. Podkreślił, że posiada doświadczenie w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (prace kotwiowo-iniekcyjne, prace iniekcyjne, budowa kasztów, prace kontrolno-pomiarowe). Wykonawca stwierdził ponadto, że wykonuje badania nośności kotew w oparciu o posiadany sprzęt pomiarowy oraz, że wykonuje skanowanie laserowe w obiektach podziemnych i powierzchniowych w oparciu o własny skaner laserowy i przeszkolony w tym zakresie personel. Ponadto, podkreślił, że: *„Do realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia posiadamy kompletny sprzęt niezbędny do jego realizacji, w związku z czym nie ponosimy kosztów jego dzierżawy, co pozwala na znaczące ograniczenie kosztów wykonawstwa.”*

Następnie wymienił przykłady zrealizowanych przez niego robót zabezpieczających w podziemnych obiektach naturalnych i pogórnich, z uwzględnieniem skał węglanowych. Stwierdził, że posiadane przez niego doświadczenie pozwala mu na optymalizację kosztów wykonawstwa robót w skałach węglanowych przez dobór odpowiedniego sprzętu wiertniczego i iniekcyjnego. Podkreślił, że bez tworzenia zbędnych zapasów i rezerw może precyzyjnie określić ilość zużytych materiałów i czas pracy sprzętu, a inwestując w nowoczesny i wydajny sprzęt może minimalizować do niezbędnego minimum ilość pracy ludzkiej. Podkreślił, że pracownikom koniecznym do obsługi maszyn i wykonania niezbędnych niewielkich robót ręcznych zapewnia poziom płac wyższy od wynikającego z przepisów, określających minimalne wynagrodzenie za pracę. Podniósł, że posiada

świetnie wyszkoloną załogę oraz nowoczesny sprzęt, a dzięki wieloletniej współpracy z producentami materiałów ma pełną znajomość właściwości używanych nowoczesnych materiałów. Zakupując duże ilości materiałów uzyskuje znaczne rabaty. Dodał, że nie korzysta z żadnej formy pomocy publicznej. Reasumując stwierdził, że: *„możemy z całą odpowiedzialnością potwierdzić, iż przedstawiona Państwu oferta dotycząca realizacji w/w inwestycji jest sporządzona rzetelnie, w oparciu o rzeczywiste zakresy realizacji i nasze wieloletnie doświadczenie realizacyjne pozwalające na dokładne założenie i użytych materiałów jak i pracy sprzętu i ludzi.”*

Zamawiający w dniu 30 kwietnia 2015 roku dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako oferty zawierającej rażąco niską cenę na podstawie art. 90 ust. 3.

W ocenie Izby podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest bezzasadny, a czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, w tym również czynność oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oferty, jest prawidłowa.

Na Zamawiającym z mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ciąży obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *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.*

Z kolei przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.*

Zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi*

dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ma prawo, ale i obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny oferty, w tym dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, jeśli 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.

Zaznaczyć też należy, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp implikuje bezwzględny obowiązek Zamawiającego wezwania danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy zaoferowana cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, przy czym powyższe nie zamyka Zamawiającemu drogi do zwrócenia się do wykonawców o wyjaśnienia w pozostałych przypadkach.

Wykonawca jest zobowiązany do złożenia rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień, a Zamawiający jest zobowiązany do wszechstronnej analizy i rzetelnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Ponadto z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp powołanego powyżej, wynika, że wykonawca jest zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. A owo wykazanie, będzie często oznaczało (w zależności od indywidualnych okoliczności) nie tylko obowiązek złożenia wyjaśnień, ale i udowodnienia, a co najmniej uprawdopodobnienia powoływanych okoliczności.

Zdaniem Izby, ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, prowadzi do wniosku, że są one ogólnikowe, nieprecyzyjne i w żaden sposób nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Izba w tym zakresie podziela w pełni stanowisko Zamawiającego. Odwołujący nie podał żadnych wartości wymiernych ekonomicznie, które można byłoby odnieść do ceny oferty. Powołując się na to, że: *„Po przeprowadzeniu wizji lokalnej opracowaliśmy technologię robót bazującą na naszych doświadczeniach w realizacji podobnych prac, przy założeniu maksymalnej mechanizacji robót i ograniczeniu do niezbędnego minimum prac wykonywanych ręcznie, co ma znaczący wpływ na poziom kosztów”* wykonawca ten nie podał jakichkolwiek szczegółów odnoszących się do opracowanej technologii robót, nie opisał jej w żaden sposób. Z kolei opisując doświadczenie również nie wskazał w jaki konkretnie sposób będzie się ono przekładać na zaoferowaną cenę. Podał jedynie ogólnikowe twierdzenia, że pozwoli mu to na optymalizację kosztów i właściwy dobór sprzętu i materiałów. Nie podał żadnych uchwytnej wartości ekonomicznych. Nawet odnosząc się do faktu, że posiada własny sprzęt, w związku z czym uniknie kosztów jego dzierżawy, nie określił jakichkolwiek kwot oszczędności z tego tytułu. Dopiero na rozprawie wyjaśnił, że koszty sprzętu, w stosunku do którego nie poniesie

komercyjnych kosztów dzierżawy/ najmu (tj. koszty sprężarki, pompy do iniekcji, agregatu prądotwórczego) wskazane w kosztorysie ofertowym obejmują koszt amortyzacji tego sprzętu i paliwa. W wyjaśnieniach jedynie ogólnikowo wskazał, że mechanizacja robót umożliwi mu ograniczenie do niezbędnego minimum prac wykonywanych ręcznie, co w jego ocenie ma znaczący wpływ na poziom kosztów. Jednak w wyjaśnieniach nie wskazał jakiego rzędu będą to oszczędności, jak ta mechanizacja pracy ma wyglądać, ile chociażby ma wynosić roboczogodzina, czy jakie ma być zaangażowanie pracy wykonywanej ręcznie.

Podkreślić należy, że celem procedury wyjaśniającej jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny oferty.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2015 roku [sygn. akt: KIO 178/15; KIO 197/15; KIO 198/15], powołanym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, z którego wynika, że: *„Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne. 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 tym miejscu należy powołać także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2015 r. [sygn. akt: KIO 343/15], w którym stwierdzono, iż: *„Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 P.z.p. i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 P.z.p. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma "wyjaśnieniami" czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 P.z.p.”*

Składając wyjaśnienia wykonawca jest zobowiązany wykazać wobec Zamawiającego, że cena oferty nie jest rażąco niska. Okoliczności powoływane przez wykonawcę dopiero na etapie postępowania odwoławczego, a wykraczające poza treść wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty podjętej przez Zamawiającego, gdyż ocena, czy zaoferowana cena jest bądź nie jest rażąco niska, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w odwołaniu i w toku rozprawy jest niespójna z kosztorysem ofertowym. Dla przykładu należy podać, że Odwołujący odnosząc się do mechanizacji prac na rozprawie wyjaśnił, że zamierza używać minikoparek na gąsienicach gumowych (wynika to też bezpośrednio z treści odwołania), natomiast w kosztorysie ofertowym nie ma odniesienia do tego typu sprzętu. Ponadto, Odwołujący nie wskazał na tę okoliczność w wyjaśnieniach z dnia 20 kwietnia 2015 roku.

Należy zatem podzielić stanowisko Zamawiającego, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego cechuje brak konkretności oraz, że Odwołujący nie sprostował obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez Odwołującego cena oferty nie jest rażąco niska.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego są całkowicie nieuzasadnione.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) oraz § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: