

WYROK

z dnia 15 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2015 r. przez wykonawcę

Hydrowodkan Sp. z o.o. ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań

w postępowaniu prowadzonym przez

AQUANET S.A. ul. Dolina Wilda 126, 61-492 Poznań

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TERLAN Sp. z o.o. ul. Przemyska 5, 61-324 Poznań i P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „HYDRO-TERM” Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe P. W. ul. Zbąszyńska 5, 60-359 Poznań**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym powtórzenie (uzupełnienie) czynności wezwania wykonawcy Hydrowodkan Sp. z o. o. do wyjaśnienia wysokości ceny na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciąża AQUANET S.A. i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Hydrowodkan Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od AQUANET S.A. na rzecz wykonawcy Hydrowodkan Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – AQUANET S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „eksploatację przepompowni ścieków oraz sieci kanalizacyjnej na terenie gmin Swarzędz, Czerwonak, Murowana Goślina, Pobiedziska, Skoki” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 marca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 049-086202.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Hydrowodkan Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co skutkowało brakiem prawidłowej oceny całej oferty odwołującego,
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 przez naruszenie zasady wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,
4. art. 90 ust. 1 poprzez brak przesłanek do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów (odrębnych dokumentów) dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; zamawiający badając cenę oferty odwołującego i odnosząc się do tego przepisu ustawy przyjął nieprawidłowo ustaloną wartość, inną, aniżeli wskazuje przywołany przepis,
5. art. 90 ust. 2 przez uznanie, że odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, przez pominięcie czy niedostateczne rozważenie przy weryfikacji ceny zaoferowanej przez odwołującego, czynników obiektywnych wskazanych w tym przepisie, w szczególności wyjątkowo sprzyjających warunków dotyczących realizacji zamówienia przez odwołującego, czy wybranych rozwiązań technicznych,

6. art. 90 ust. 3 poprzez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień i stwierdzenie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę,

7. art. 92 ust. 1 pkt 2 poprzez fakt, iż podając uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający nie uznał żadnej z wykazanych przez odwołującego w wyjaśnieniach pozycji kosztów jako nierealnej, rażąco niskiej, a tylko fakt braku załączników,

8. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę,

9. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez wybranie oferty podmiotu zależnego od zamawiającego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także jest czynem nieuczciwej konkurencji i jest sprzeczne z dobrymi obyczajami poprzez utrudnianie odwołującemu dostępu do rynku usług.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania i uznania ją za ważną,
3. dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

III Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje.

W ofercie wykonawcy mieli podać: miesięczny koszt netto eksploatacji 1 km sieci kanalizacyjnej (odwołujący wskazał netto 100 zł, brutto 123 zł); miesięczny koszt netto eksploatacji 1 przepompowni ścieków (odwołujący podał 650 zł netto, brutto 799,50 zł) oraz cenę netto i brutto (odwołujący podał odpowiednio 3.096.540 zł i 3.808.744,20 zł).

Załącznik przygotował też załączniki „Wycena eksploatacji przepompowni ścieków” oraz „Wycena eksploatacji sieci kanalizacyjnej”, w której wykonawcy mieli podać odpowiednio jednostkową cenę eksploatacji jednej przepompowni na miesiąc oraz jednostkową cenę eksploatacji 1 km sieci kanalizacyjnej na miesiąc oraz przemnożyć je przez wskazaną liczbę przepompowni i długość sieci.

Odwołujący dla wszystkich pozycji podał 650 zł dla przepompowni oraz 100 zł dla 1 km sieci.

W ramach warunku udziału w postępowaniu wykonawca miał wykazać (poprzez złożenie oświadczenia), że dysponuje następującym sprzętem: 2 koparki przedsiębiorne, 2 samochody ciężarowe skrzyniowe o ładowności 5-10 ton, 2 samochody ciężarowe skrzyniowe o ładowności 10-15 ton oraz 1 koparko-ładowarka.

Zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności w zakresie:

- 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,
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- innych elementów, które zdaniem wykonawcy mają bezpośredni lub pośredni wpływ na dokonaną kalkulację ceny oferty.

W sytuacji, gdy któryś z powyższych elementów miał wpływ na dokonaną kalkulację ceny, wykonawca miał przedstawić odpowiednie wyjaśnienie wraz z przedstawieniem dowodów.

Zamawiający poprosił też o potwierdzenie poprawności wyceny pozycji załącznika do formularza oferty oraz potwierdzenie, że ujęto w nim wszystkie niezbędne koszty.

Zamawiający wskazał też, że w celu wyjaśnienia ceny całkowitej oferty prosi o podanie szczegółów dokonanej kalkulacji, ponieważ złożone wyjaśnienia oceniane będą także pod kątem podanych składników wyceny. Jedną z możliwości przedstawienia kalkulacji ceny w sposób prawidłowy jest podanie cen składających się na wartość pozycji w szczególności:

- ilości brygad, jakie codziennie będą wykonywać prace,
- pracowników z uprawnieniami, niezbędnych do wykonywania zakresu zamówienia (siły własne, podwykonawcy),
- organizacji pracy wraz z zastosowaną logistyką,
- materiału łącznie z kosztami ich zakupu,

- pracy sprzętu wraz z robocizną,
- zysku.

Wykonawca miał udzielić wyjaśnień, w tym złożyć dowody dotyczące elementów oferty mających w pływ na wysokość ceny.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w terminie.

Wskazał w nich m.in., że łącznie wynagrodzenia (koszty osobowe wraz z dodatkami) mogą wynosić miesięcznie ok. 15 osób x 3000 = 45.000,00 zł, stawka kalkulacyjna dla roboczogodziny stosowana w firmie to 12,5 zł/godzinę.

Koszty sprzętu i transportu to ok. 15.000,00 (przejazdy inspekcyjne oraz awaryjne całej sieci i pompowni) – w każdej z pompowni należy wykonywać czynności eksploatacyjne min. 2 razy w tygodniu, kwota obejmuje również prace koparek czy pojazdu WUKO. Jako firma od lat wykonująca tego rodzaju usługi odwołujący dysponuje dostateczną ilością i rodzajem sprzętu niezbędnego do wykonywania tej usługi, w tym narzędzia drobne, koparki, ciężarówki pojazdy osobowe i osobowo-ciężarowe oraz pojazdy specjalistyczne typu WUKO zarówno własne, jak i w dyspozycji, jak również niezbędną ilością znaków do oznakowania dróg w miejscu prowadzenia robót.

Koszty materiałów ok. 15.000,00 – przedmiotem przetargu jest nowowymybudowana kanalizacja i nowe pompownie, a koszty napraw o wartości powyżej 3.500,00 zł pokrywa zamawiający. Zamawiający pokrywa również koszty konserwacji i obsługi stacji trafo, koszty energii elektrycznej, stosowanych chemikaliów i paliw i inne wymienione w specyfikacji.

I tak: koszty osobowe to 45.000,00 zł, koszty sprzętu i transportu to 15.000,00 zł, koszty materiałów to 15.000,00 zł, koszty utylizacji odpadów 15.000,00 zł, koszty remontów, usługi obce 10.000,00 zł, łącznie koszty kalkulacyjne wynoszą 100.000,00 zł, marża kalkulacyjna 25.893,83 zł (cena miesięczna oferty odwołującego to 125.893,83 zł).

Ponieważ zamawiający w zapytaniu nie określił, którą cenę uważa za rażąco niską, odwołujący odniósł się do ceny jednostkowej za utrzymanie 1 km sieci kanalizacyjnej, gdyż cena jednostkowa za utrzymanie pompowni jest wyższa o 50 zł niż cena wybranej oferty. Tym samym, zdaniem odwołującego, wątpliwości może budzić jedynie cena za eksploatację 1 km sieci kanalizacyjnej.

Swoją kalkulację w tym zakresie odwołujący oparł na wieloletnim doświadczeniu w eksploatacji właśnie sieci kanalizacyjnych. Odwołujący powołał się też na usługi świadczone dotychczas, w tym na usługę dla ZDM Poznań. Załączył także istotne według siebie dokumenty, np. referencje poświadczające należyte wykonanie usług.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a, zdaniem zamawiającego, dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera taką rażąco niską cenę.

Zdaniem zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień wykonawca złożył wyjaśnienia, lecz nie dostarczył dostatecznych wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Przedstawił jedynie ogólne stwierdzenia, powołując się na swoje doświadczenie i załączone do pisma referencje. W wyjaśnieniach oparł się głównie na przedstawieniu, jak kształtują się koszty utrzymania pełnej sprawności kanalizacji deszczowej na terenie Poznania. Wykonawca twierdzi, że wykonuje obecnie zadanie na rzecz ZDM Poznań i w wyniku połączenia tego kontraktu razem z realizacją przedmiotowego zamówienia jest w stanie obniżyć koszty eksploatacji do poziomu zaoferowanego, tj. 100 zł/km/miesiąc. Nie przedstawił natomiast dokumentów, z treści których wynikałoby, że zamówienie po zaoferowanej cenie jest porównywalne cenowo do wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, w szczególności brak załączenia dowodów na poparcie zaoferowanej w ofercie ceny w zakresie składników, o które pytał zamawiający.

Brak przedstawienia dowodów, o które prosił zamawiający, nie dają podstaw do uznania, że możliwa jest należyta realizacja zamówienia po zaoferowanej cenie. Natomiast odnoszenie się do cen innych złożonych ofert nie potwierdza poprawności kalkulacji ceny. Zamawiający bowiem bada fakt, czy wykonawca jest w stanie wykazać, że cena jego oferty została skalkulowana rzetelnie, odpowiednio do realnych warunków działania, dostępnych właśnie temu wykonawcy. Brak wykazania rzetelności ceny oferty skutkuje negatywnie, nawet wówczas, gdy ceny innych ofert znajdują się na podobnym poziomie.

Wykonawca powołał się na doświadczenie w wykonywaniu podobnego zamówienia, co może stanowić jedynie tło wyjaśnień, a nie zasadniczą ich treść. Dokonując bowiem kalkulacji wyceny oferty należy każdorazowo brać pod uwagę warunki właściwe dla tego zamówienia, a wycena musi dotyczyć przedmiotowego zadania. Wykonawca natomiast zastosował jedynie porównanie innych wykonywanych zadań do przedmiotowego zamówienia, brak przedstawienia szczegółowej kalkulacji dotyczącej zamówienia.

Wykonawca ogólnikowo wykazał np. jak kształtują się koszty pracownicze czy koszty związane z użyciem sprzętu. Nie wskazał dokładnie, jaki sprzęt posiada na własność, a jakim dysponuje na podstawie umów z innymi podmiotami. Wykonawca posługuje się jedynie ogólnymi stwierdzeniami, że dysponuje dostateczną ilością potrzebnego sprzętu, koparkami, ciężarówkami, pojazdami osobowymi i osobowo-ciężarowymi, nie wykazując konkretnie, jaką ilość sprzętu ma do dyspozycji, a także szczegółowych kosztów eksploatacji tego sprzętu podczas wykonywania przedmiotowego zamówienia. Nie przedstawił do swoich

wyjaśnień żadnych dowodów dotyczących dysponowania sprzętem, jak i zatrudnienia, np. nie przedstawił kopii umów o pracę.

Poza tym wykonawca wykazał, że zamierza przekazać podwykonawcom eksploatację przepompowni ścieków oraz sieci kanalizacyjnej na terenie gmin Swarzędz, Czerwonak, Murowana Goślina, Pobiedziska, Skoki, a więc całość przedmiotu zamówienia. Również dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia posłużył się potencjałem innego podmiotu – AJP Sp. z o.o. W związku z tym podmiot udostępniający swoje zasoby musi w jakimś stopniu uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Wykonawca powinien więc przedstawić, jak kształtują się koszty związane z udziałem w wykonywaniu zamówienia innych podmiotów, ponieważ podmioty te muszą zostać wynagrodzone za swój udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wskazał też, że w związku z tym, iż oferta podlega odrzuceniu, nie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów (zobowiązania innego podmiotu, które według zamawiającego jest nieodpowiednie, oraz referencji dla tego podmiotu).

Do zaistniałego pomiędzy stronami sporu ma zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych („zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”) oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 poprzez brak przesłanek do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, jest po pierwsze spóźniony, a po drugie niesłuszny.

Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień pismem z 5 maja 2015 r., zatem termin na wniesienie odwołania liczy się zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w terminie 10 dni od dnia, w którym wykonawca powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, czyli od otrzymania owego wezwania. Niniejsze odwołanie zaś zostało wniesione dopiero 1 czerwca 2015 r.

Poza tym, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym po zmianie ustawy z 29 sierpnia 2014 r. „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...”

Zamawiający co prawda wskazał, że cena oferty odwołującego stanowi 67,32% wartości zamówienia, a więc odbiega od tej wartości o ponad 30%, jednak z zacytowanego przepisu wynika, że zamawiający może/musi się zwrócić o takie wyjaśnienia w każdej sytuacji, gdy cena oferty wydaje mu się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Podana wartość 30% jest tylko wskazaniem przez ustawodawcę przykładu, kiedy zamawiający musi o takie wyjaśnienia poprosić.

Wbrew temu, co twierdzi odwołujący, średnią cen ofert oblicza się w stosunku do wszystkich złożonych ofert, nawet tych odrzuconych. Wyjątek dopuszczalny byłby, gdyby zachodziły szczególne okoliczności, np. któryś wykonawca podał cenę rażąco nieprawidłową, która kompletnie zafałszowywałaby obraz cen, np. w tym postępowaniu w formularzu oferty zamiast ceny za wykonanie całości zamówienia wykonawca podałby cenę jednostkową za 1 km sieci lub 1 przepompownię. Wtedy rzeczywiście nie byłoby sensu porównywania ceny 100 zł/650 zł do ceny ponad 3 milionów złotych.

Izba uznała, że zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdził się o tyle,

że zamawiający nie przeprowadził prawidłowo wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez odwołującego i nie zweryfikował jej należycie, a przynajmniej nie wynika to z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający rzeczywiście, jak podniósł odwołujący, nie uznał żadnej ze wskazanych przez odwołującego w wyjaśnieniach pozycji kosztów za nierealną czy rażąco niską, a jedynie wskazał na brak pewnych informacji czy dokumentów, o których przedstawienie nie prosił w wezwaniu do wyjaśnień.

W związku z tym Izba uznała też, że odrzucenie oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przedwczesne.

Izba nie wskazuje swojego stanowiska w zakresie, czy cena oferty odwołującego jest, czy też nie jest rażąco niska, gdyż trudno takiej oceny dokonać na podstawie udzielonych wyjaśnień. Izba jednak przyznała odwołującemu rację co do samego przebiegu procedury wyjaśnień i dokonanego na jej podstawie rozstrzygnięcia zamawiającego.

Zamawiający, w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień o treści przytoczonej powyżej.

W wezwaniu tym wskazał na okoliczności wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które jednak (poza koniecznością zastosowania minimalnego wynagrodzenia za pracę) rzadko zachodzą w stosunku do wykonawców. Co zresztą zamawiający sam zaznaczył w wezwaniu (gdy któryś z powyższych elementów miał wpływ na dokonaną kalkulację ceny...). Jakkolwiek odwołujący swojej szczególnej sytuacji upatrywał w połączeniu realizacji przedmiotowego kontraktu z kontraktem dla ZDM Poznań.

Zamawiający wskazał też „jedną z możliwości przedstawienia kalkulacji ceny w sposób prawidłowy” poprzez podanie: ilości brygad, jakie codziennie będą wykonywać prace; pracowników z uprawnieniami, niezbędnych do wykonywania zakresu zamówienia (siły własne, podwykonawcy); organizacji pracy wraz z zastosowaną logistyką; materiału łącznie z kosztami ich zakupu; pracy sprzętu wraz z robocizną oraz zysku.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach oczywiście przedstawił ogólne założenia kalkulacji, jak standardowo robią to wszyscy wykonawcy, ale podał też liczbę brygad i wchodzących w ich skład osób, przewidywane wynagrodzenia, koszty sprzętu i transportu, koszty materiałów, koszty utylizacji odpadów, koszty remontów i usług „obcych” (zleczanych na zewnątrz) oraz przewidywaną marżę. Wskazał też, że zatrudnia 4 osoby z uprawnieniami w zakresie sieci sanitarnych i 2 ze świadectwami kwalifikacji SEP w zakresie dozoru i eksploatacji.

Odwołujący wskazał też, że stawka godzinowa pracy pracowników to 12,50 zł netto dla pracownika, a więc przekracza minimalne wynagrodzenie.

Biorąc więc pod uwagę fakt, że nie do końca wiadomo, jak podać w wyjaśnieniach koszt czegoś, co zamawiający nazwał ogólnie kosztem „organizacji pracy wraz z zastosowaną logistyką”, to wykonawca udzielił odpowiedzi na pytania zamawiającego.

Oczywiście, samą część „opisową” zapewniającą ogólnie o prawidłowości kalkulacji oferty czy doświadczeniu wykonawcy uznaje się za zbyt ogólną i nie spełniającą wymogów co do przydatności wymaganych wyjaśnień, gdyż brak jest konkretnej kalkulacji, w jaki sposób owe szczególne warunki i zalety wykonawcy przekładają się na cenę oferty i jakie dzięki nim może poczynić oszczędności.

Jednak przedstawiona kalkulacja już konkretnych kosztów (wynagrodzenie, koszt pracy sprzętu, materiałów, utylizacji itd.) powoduje, że wyjaśnienia zaczynają zawierać konkretne informacje. Przy tym wykaz kosztów odpowiada swoim zakresem i szczegółowością wezwaniu zamawiającego.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego wykonawcy przedstawiali cenę oferty jako cenę globalną za wykonanie całości zamówienia oraz rozbili ją na poszczególne przepompownie/kilometry sieci i miesiące. W ofertach brak było bardziej szczegółowych kalkulacji kosztów. Tym samym wskazane przez zamawiającego w wezwaniu rozbić ceny na poszczególne elementy kalkulacji stanowi dopiero część wstępną analizy ceny, do której zamawiający może się odnieść w zakresie, który budzi jego dalsze wątpliwości.

Zatem, skoro zamawiający nie skierował bardziej szczegółowego wezwania, a uważał, że otrzymane wyjaśnienia nie są wystarczające, by można je było poddać ocenie, powinien poprosić wykonawcę o ich uszczegółowienie we wskazanym zakresie i przedstawienie dowodów wskazując np. które uznałby za najbardziej przekonujące.

Jakkolwiek jest bezsporne w orzecznictwie i praktyce, a obecnie poparte także brzmieniem przepisu jest, że ciężar udowodnienia poprawności zaproponowanej ceny oferty spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), to jednak zamawiający powinien wskazać mu, w jakim kierunku wyjaśnienia te powinny być poprowadzone i na jakie okoliczności powinien on przedstawić dowody, czyli co w jego ofercie budzi wątpliwości zamawiającego, nie pozostawiając tego jedynie domysłom wykonawcy. Wyjaśnienia i dowody bowiem składa się zasadniczo na potwierdzenie danej okoliczności, a nikt nie jest w stanie złożyć dowodów „na wszystko”. Nie chodzi bowiem o to, by wykonawcy przesyłali zamawiającemu, dla obfitości wyjaśnień, kserokopie jak największej liczby dokumentów, niezależnie od tego, czy mają one jakąś wartość dla oceny, której ma dokonać zamawiający, czy też nie.

Jeśli wykonawca nie otrzyma konkretnych wskazówek od zamawiającego, udzieli odpowiedzi w zakresie i stopniu szczegółowości, który sam uzna za właściwy i trudno mu czynić zarzut,

że wyjaśnienia te nie idą torem oczekiwanym przez zamawiającego. Zwłaszcza, jeśli odpowiadają wskazówkom zawartym w wezwaniu.

Jeśli więc w takim przypadku wykonawca przedstawił wyjaśnienia i dowody, które w jego mniemaniu udowodniały jego stanowisko, zamawiający powinien wskazać inne okoliczności, które wykonawca ma udowodnić lub wyjaśnić. Trudno jest bowiem wymagać od wykonawcy, aby przedstawił on wyjaśnienia i dowody na nieokreślone i wszystkie okoliczności i nie może być tak, że dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskaże, że miał na myśli zupełnie inne kwestie i tylko wykonawca nie pojął jego milczących intencji.

Przy takim podejściu zamawiający w sposób dowolny mogliby odrzucać oferty wykonawców. Należy więc wskazać, na które okoliczności wystarczy oświadczenie wykonawcy, a na które wykonawca powinien przedstawić dowód i jaki dowód byłby najlepszy, np. informacje ze sprawozdania finansowego, zgłoszenie pracowników do ZUS, umowy o pracę, faktury.

Zamawiający w swoim stanowisku wskazał, że odwołujący „ogólnikowo wykazał np. jak kształtują się koszty pracownicze czy koszty związane z użyciem sprzętu. Nie wskazał dokładnie, jaki sprzęt posiada na własność, a jakim dysponuje na podstawie umów z innymi podmiotami (...) nie wykazując konkretnie, jaką ilość sprzętu ma do dyspozycji, a także szczegółowych kosztów eksploatacji tego sprzętu podczas wykonywania przedmiotowego zamówienia. Nie przedstawił do swoich wyjaśnień żadnych dowodów dotyczących dysponowania sprzętem, jak i zatrudnienia, np. nie przedstawił kopii umów o pracę.”

Zamawiający wskazał też, że odwołujący nie wyodrębnił w wyjaśnieniach kosztów podwykonawstwa.

Izba zauważa jednak, że zamawiający o takie szczegóły odwołującego nie pytał. Nie prosił również o przedstawienie „dowodów dotyczących dysponowania sprzętem”, jak kopii umów o pracę, czy wskazanych przez przystępującego podczas rozprawy „przykładowo” protokołów odbioru wcześniejszych robót. Pomijając już fakt, że nie do końca wiadomo, czemu te dokumenty konkretnie miałyby służyć, to nic dziwnego, że odwołujący sam z siebie na akurat takie dokumenty nie wpadł, bo najczęściej nie są one przedstawiane w wyjaśnieniach przy żądaniu o takiej ogólności.

Odwołujący przedstawił za to dowody na „rynkowość” swojej ceny, które uważał za najlepsze dla udowodnienia danego faktu. Rzeczywiście, wykonawca przede wszystkim musi udowodnić realność swojej własnej oferty, a sama „rynkowość” ceny jest tylko okolicznością poboczną, jednak zamawiający sam o niej wspominał, więc wykonawca przedstawił stosowne według siebie dowody.

Zatem rację ma odwołujący, że podstawą odrzucenia oferty była nie tyle negatywna ocena wysokości zaoferowanej ceny, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych, ale brak pewnych informacji czy dokumentów (na które zamawiający w wezwaniu nie wskazywał jako konieczne). Wskazuje to na fakt, że wyjaśnienia nie zostały przeprowadzone w sposób kompletny, w szczególności, że zamawiający w swoim wezwaniu nie wskazywał, że takich informacji wymaga w takim stopniu rozbicia.

Zamawiający powinien zatem powtórzyć czynność wyjaśnień wysokości rażąco niskiej ceny w taki sposób, aby był w stanie dokonać oceny, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tym, iż zamawiający nie musi powtarzać tej części wyjaśnień, która już nastąpiła, tj. pierwszego wezwania do wyjaśnień, lecz powinien je kontynuować. W swoim wezwaniu zamawiający powinien wskazać, jakich dodatkowych informacji żąda od wykonawcy w zakresie przedstawionych pozycji tabeli kalkulacji kosztów, ewentualnie na jakie okoliczności i w jakim zakresie wykonawca powinien przedstawić dowody.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba stwierdziła, że brak owego wezwania spowodowany był tym, że oferta odwołującego została odrzucona. Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uzależnia obowiązek takiego wezwania od faktu, czy oferta nie podlega odrzuceniu – w innym bowiem wypadku wezwanie takie byłoby czynnością bezcelową.

Z tego powodu strony nie przedstawiały argumentacji w tym zakresie, a Izba co do tego zarzutu nie wydała rozstrzygnięcia, gdyż czynność ta jest zależna od tego, czy po powtórzeniu czynności wyjaśnień ceny oferty zamawiający uzna ponownie, że oferta podlega odrzuceniu, czy też nie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: