

Sygn. akt KIO 121/16

WYROK
z dnia 11 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lutego 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **29 stycznia 2016 r.** wniesionego przez **wykonawcę Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90, Lubojenka 42-209 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice,**

przy udziale

wykonawcy **Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90, Lubojenka 42-209 Częstochowa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **wykonawcę Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90, Lubojenka 42-209 Częstochowa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **odwołującego Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90, Lubojenka 42-209 Częstochowa** na rzecz zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) 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

Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku do DK 1 do DK 78, Etap I „Budowa obwodnicy miejscowości Myszków”«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **18.08.2015 r.** pod nrem **2015/S 158-290110**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **20.01.2016 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Światowida6, 71-726 Szczecin;**
- 2) odrzuceniu oferty **wykonawcy Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90, Lubojenka 42-209 Częstochowa,** gdyż oferta zawiera rażąco niską cenę – **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.** Zamawiający podał kwotę **183 358 161,63 zł** a oferta opiewała na sumę **92 769 057,87 zł (82 596 196,38 zł).**

Wykonawca Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90, Lubojenka 42-209 Częstochowa, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp,** wniósł **29.01.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie na czynności:

- 1) wadliwego przeprowadzenia przez **zamawiającego** procedury wyjaśniającej w odniesieniu do ceny oferty **odwołującego;**
- 2) odrzucenia oferty **odwołującego** w wyniku nieprawidłowej oceny wyjaśnień **odwołującego** w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 3) wybór oferty **wykonawcy Max Bögl Polska Sp. z o.o.** jako najkorzystniejszej oferty;
- 4) zaniechania wyboru oferty **odwołującego** jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 90 ust. 1 Pzp** przez jego błędne zastosowanie, polegające na przeprowadzeniu procedury wyjaśniania realności ceny oferty **wykonawcy Drog-Bud** niezgodnie z dyrektywami postępowania wynikającymi z tego przepisu, w szczególności przez zaniechanie wskazania, które elementy oferty budzą wątpliwości **zamawiającego** i wymagają wyjaśnienia;
- 2) **art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp** przez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez **odwołującego** i uznanie ich za zbyt ogólnikowe i nie odnoszące się do obiektywnych czynników mających wpływ na kalkulację ceny, podczas gdy wbrew takiemu obowiązkowi **zamawiający** nie wskazał w wezwaniu do wyjaśnień, które elementy oferty wzbudziły wątpliwości **zamawiającego** i do których elementów **zamawiający** oczekuje wyjaśnień;
- 3) **art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp** przez bezzasadne odrzucenie oferty **odwołującego** w sytuacji, gdy złożył on wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem **zamawiającego** wskazując na obiektywne czynniki, które pozwoliły **odwołującemu** na obniżenie ceny i **odwołujący** przedstawił w tym zakresie stosowne dowody;
- 4) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez nierówne traktowanie **wykonawców** przy ocenie wyjaśnień dotyczących ceny.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty **odwołującego**;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty **odwołującego**;
- 5) uznania, że oferta **odwołującego** nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia – a w konsekwencji wybór oferty **odwołującego**, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Ponadto **odwołujący** wnosi o:

- 6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania (na okoliczności wskazane w odwołaniu);
- 7) zasądzenie od **zamawiającego** na rzecz **odwołującego** kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Wyłączenie jawności rozprawy i tajemnica przedsiębiorstwa

Na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp w związku z art. 8 ust. 3 Pzp, odwołujący wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej treści dokumentów załączonych jako

dowód – tj. *Wyciąg z budżetu – kalkulacja ceny ofertowej **odwołującego** i Oferty poddostawców*, które to dokumenty zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa ze względu na fakt, że przy ich rozpoznaniu mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa **odwołującego**.

W przypadku uznania przez **Izbę**, że nie zaistniały przesłanki do wyłączenia jawności rozprawy zgodnie z wnioskiem **odwołującego** zawartym powyżej, na podstawie **§ 8 ust. 3 w zw. z § 23** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964), **odwołujący wnosi o nieudostępnianie zastrzeżonych informacji**, ze względu na fakt, że w wyniku udostępnienia treści dokumentacji w ww. zakresie mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa **odwołującego**.

Działając na podstawie **art. 8 ust. 3 oraz art. 189 ust. 6 Pzp odwołujący** zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w treści dokumentów załączonych jako dowód.

Dowód:

- 1) Wyciąg z budżetu – kalkulacji ceny ofertowej odwołującego – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa;
- 2) Oferty poddostawców – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Argumentacja odwołującego

1. Stan faktyczny

W ramach **postępowania** oferty złożyło 16 **wykonawców**, w tym **odwołujący** (z ceną w wysokości **92 769 057,87 PLN brutto czyli 50,6% kwoty zamawiającego**) oraz **wykonawca Max Bögl Polska Sp. z o.o.** (dalej jako „**wykonawca Max Bögl**” – z ceną w wysokości **99 311 231,22 PLN brutto czyli 54,2% kwoty zamawiającego**), którego oferta została przez **zamawiającego** wybrana jako najkorzystniejsza. Ceny pozostałych ofert złożonych w **Postępowaniu** nie różnią się istotnie od siebie.

Jak wynika z informacji przekazanych przez **zamawiającego** określił on wartość szacunkową zamówienia na kwotę **223.607.514,18 zł netto**, w tym przewidywana wartość zamówień uzupełniających (których możliwość udzielenia do **50%** wartości zamówienia podstawowego przewidziano w ogłoszeniu) **74.535.836,06 zł netto**. Tym samym szacunkowa wartość zamówienia bez zamówień uzupełniających wyniosła **149.071.676,12 zł netto**, co po powiększeniu o należny VAT do daje kwotę **183.358.161,63 zł brutto (70% = 128.352.000 zł)**.

W toku badania i oceny ofert, działając w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp, 8.12.2015 r. zamawiający** wezwał **odwołującego** do »udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie określonym w **art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp**«, wskazując ponadto, że »Zaoferowana przez Państwa cena Oferty wydaje się **zamawiającemu** rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż jest niższa o 30% od wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o VAT w obowiązujących stawkach i budzi wątpliwości **zamawiającego** co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez **zamawiającego**«.

Dowód: – wezwanie **zamawiającego** z **8.12.2015 r.** (w aktach postępowania)

Wezwania o **identycznej treści** w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp** **zamawiający** skierował do wszystkich **pozostałych 15 wykonawców**, bo **ceny wszystkich złożonych ofert były niższe od wartości szacunkowej zamówienia o więcej niż 30%**.

Dowód: – wezwania z **8.12.2015 r.** skierowane do **pozostałych 15 wykonawców** (w aktach Postępowania)

Pismem z **11.12.2015 r. odwołujący** przekazał – w pełni zgodnie z treścią wezwania – odpowiednie wyjaśnienia, w których scharakteryzował okoliczności wpływające na wysokość ceny, jak również zwrócił uwagę, że cena jego oferty nie odbiega znacząco od cen zaoferowanych przez innych **wykonawców**, zaś wątpliwości budzi prawidłowość ustalenia przez **zamawiającego** wartości zamówienia.

Pomimo wyjaśnienia, że oferta **wykonawcy Drog-Bud** zawiera w pełni realistyczną ceną **zamawiający** ponownie, pismem z **21.12.2015 r.** wezwał **wykonawcę Drog-Bud** do „złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie określonym w **art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp**”, oraz **zamawiający** wskazał, że „w przesłanych **11.12.2015 r.** (...) wyjaśnieniach brak dowodów, że zaoferowana przez Państwa kwota za ...”.

Ponowne wezwanie **zamawiającego** było równie lakoniczne jak pierwsze, w szczególności zupełnie nie wskazywało jakich dowodów **zamawiający** oczekuje i w odniesieniu do jakich twierdzeń i wcześniejszych oświadczeń zawartych w złożonych już wyjaśnieniach **odwołującego zamawiający** ma wątpliwości. Pismem z **21.12.2015 r. odwołujący** starał się w sposób jak najbardziej pełny i wyczerpujący przedstawić obiektywne okoliczności świadczące o jego konkurencyjności na rynku robót budowlanych i oferowanych przez niego cenach, załączając stosowne dowody.

Jednak **zamawiający**, zupełnie ignorując udzielone wyjaśnienia i przedstawione dowody potwierdzające realny i rynkowy charakter ceny oferty **odwołującego**, pismem z **20.01.2016**

r. zawiadomił **odwołującego** o odrzuceniu oferty i wyborze oferty **wykonawcy Max Bögl** jako najkorzystniejszej.

Oprócz **odwołującego**, z uwagi na rażąco niską cenę, **zamawiający** odrzucił jeszcze oferty trzech innych **wykonawców**, w tym dwóch (tj. konsorcjum firm LIDER IDS – BUD S.A. oraz Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. oraz Konsorcjum firm, w którym liderem jest STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.) z uwagi na rzekome złożenie wyjaśnień do ceny pozbawionych odpowiednich dowodów, potwierdzających, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Analiza postępowania **zamawiającego** wskazuje jednak, że procedura badania i oceny ofert została przeprowadzona w sprzeczności z przepisami **ustawy**, a przy tym w sposób nierzetelny i bezrefleksyjny. Wadliwe działanie **zamawiającego** pozbawiło zaś **odwołującego** możliwości udzielenia wyczerpującej odpowiedzi na niewyartykułowane wątpliwości **zamawiającego** do rynkowego charakteru ceny oferty **odwołującego**.

2. Wadliwe wezwanie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp

1) Zakres zastosowania art. 90 Pzp i zakres wezwania

Art. 90 Pzp opiera się na domniemaniu **zamawiającego**, że cena badanej oferty może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości **zamawiającego** do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami **zamawiającego**. Istotną jest ocena czy w danym postępowaniu zaoferowanie ceny odbiegającej od wartości szacunkowej zamówienia ma na celu utrudnianie dostępu do rynku lub niedozwoloną eliminację z rynku innych podmiotów (tak m.in. w wyroku z 9 lipca 2013 r., **KIO 1498/13**). Podstawą zastosowania uzasadnionego wezwania do wyjaśnień jest w szczególności różnica między ceną ofertową a wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną cen złożonych ofert.

Z kolei wezwanie musi dotyczyć „elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” – tak więc **zamawiający** musi najpierw przeanalizować wyliczenia dot. ceny przedstawione w ofercie, a następnie w wezwaniu bardzo precyzyjnie wskazać jakie elementy oferty budzą wątpliwości **zamawiającego** i wymagają wyjaśnień **wykonawcy**, zwłaszcza, że: **(1)** w przetarg dotyczy robót budowlanych i kosztorysu, na który składa się wiele wycenianych prac z wielu branż i setki różnych wycenianych elementów oraz **(2)** wszystkie ceny innych **wykonawców** odbiegają o **30% i więcej** od wartości ustalonej przez **zamawiającego**. Tym bardziej niewystarczające jest wskazanie w wezwaniu, tak jak to uczynił **zamawiający**, że

wezwanie jest wystosowane wyłącznie ze względu na fakt zaistnienia **30%** różnicy między zaoferowaną ceną a wartością szacunkową zamówienia.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno być sformułowane w formie pytań, powinny zostać skonkretyzowane elementy ceny, do których **zamawiający** ma wątpliwości i oczekuje wyjaśnień (tak m.in. w wyroku z 9 lipca 2013 r., **KIO 1498/13**).

Obowiązek precyzyjnego wezwania wynika także z prounijnej wykładni – (**por. art. 55 ust. 1 obecnej dyrektywy klasycznej (nr 18/2004)**), zgodnie z którym „Jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty odnoszące się do doświadczenia wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, **dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne**” [z wymogu zapewnienia skuteczności **art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/18** wynika, że **zamawiający** powinien jasno sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty – teza 31 wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 29 marca 2012 r. (**sygn. akt. C-599/10**)].

KIO idzie nawet dalej i wskazuje, że wezwanie powinno być formułowane w formie konkretnych pytań (np. **KIO 1399/14**), by dać wyraz dyspozycji przepisu, która wskazuje na konieczność badania wybranych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Skoro **zamawiający** w swym wezwaniu nie odniósł się do konkretnych elementów oferty **odwołującego**, które budziły jego wątpliwości i jest ono ogólnym zapytaniem, w którym jedynie powtórzono przepis ustawy **to w konsekwencji nie można czynić odwołującemu zarzutu, że jego wyjaśnienia są ogólnikowe i wobec niego wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty.**

2) Wezwanie wszystkich wykonawców – naruszenie zasady równego traktowania

Automatyzm i brak logiki działania **zamawiającego** przejawia się również w tym, że **zamawiający** skierował takie samo lakoniczne i wadliwe wezwanie do wszystkich **wykonawców** i z bliżej niewyjaśnionych przyczyn część wyjaśnień przyjął, a część nie. Uzasadnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert nie pokazują konkretnie, które przesłanki wziął pod uwagę **zamawiający**, po tym jak ten sam **zamawiający** nie wskazał jakich informacji oczekuje od **wykonawców**. Takie działanie nie jest prawidłowe również z powodu odmiennych sposobów kalkulacji ceny przez różnych **wykonawców** oraz z powodu różnych uwarunkowań biznesowych, prawnych i faktycznych, w których ci **wykonawcy** funkcjonują. Tym szampowym działaniem **zamawiający** pozbawił **wykonawców** szansy na udzielenie wyczerpujących wyjaśnień. Takie działanie powoduje również nierówne traktowanie **wykonawców** z uwagi na to, że wyjaśnienia niektórych **wykonawców** zostały uznane za wystarczające.

3) Zasada szczegółowego formułowania wezwań w sprawie ceny

Wystosowanie precyzyjnego wezwania do wyjaśnień jest istotne również z uwagi na:

- a. **Zamawiający** bezzasadnie wskazuje w uzasadnieniu do odrzucenia, że przez wszczęcie procedury wyjaśniającej istnieje domniemanie, że cena jest rażąco niska i to **wykonawca** ma je obalić. Oznacza to daleko idący skutek, który implikuje konieczność precyzyjnego wezwania, by stworzyć **wykonawcy** szanse odpowiedniego do oczekiwań **zamawiającego** wyjaśnienia i zdefiniowania na czym polegały wątpliwości **zamawiającego**, które do takiego domniemania doprowadziły, inaczej zawsze **zamawiający** mógłby przesądzić, że wyjaśnienia były zbyt ogólnikowe i go nie przekonały i ofertę odrzucić, na co nie można się zgodzić i uznać, że taka procedura jest prawidłowa.
- b. **Zamawiający** w sposób chybiony wskazuje w odrzuceniu ofert, że intencją ustawodawcy było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej ceny rażąco niskiej – tymczasem w rozpoznawanej sprawie ogólnikowe wezwanie **zamawiającego**, zarówno pierwsze jak i drugie *de facto* tej szansy na udzielenie wyczerpujących wyjaśnień wykonawców pozbawiło i sprawiło, że przypadek decydował, czy **wykonawca** wpisał się w nieujawnione oczekiwania **zamawiającego**.
- c. Z orzecznictwa wynika, że **zamawiający** w przekazanym **wykonawcy** wezwaniu powinien w sposób wyraźny i możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień (Opinia UZP, Rażąco niska cena). Brak precyzji nie powinien rzutować negatywnie na udzielone wyjaśnienia, tym bardziej, że wyjaśnienia **odwołującego** oparte zostały na istotnych elementach wskazujących na możliwości obniżenia ceny. W wyroku **KIO 1399/14 Izba** uznała za wystarczające wyjaśnienia **wykonawcy** udzielone na ogólnikowe wezwanie **zamawiającego**, które pokazywały, że **wykonawca**: ma stabilną pozycję na rynku, dysponuje własnym, rozbudowanym parkiem maszynowym i sprzętowym, dysponuje konkurencyjnymi technologiami wykonania robót stabilnie i dobrze zorganizowanymi brygadami roboczymi o wszechstronnych kwalifikacjach. W tym samym wyroku **Izba** przesądziła, że przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty nie można interpretować w sposób dowolny i rozszerzający. Proces, który prowadzi do oceny czy zaoferowana w danym postępowaniu cena jest rażąco niska, wprawdzie na kolejnym etapie przerzuca na **wykonawcę** ciężar dowodzenia w tym zakresie, jednak rozpoczyna się po pierwsze domniemaniem **zamawiającego**, które ten winien skutecznie udowodnić, kolejno powinien konsekwentnie kierować na czynność **zamawiającego**, który w oparciu o to

domniemanie musi precyzyjnie sformułować jakie elementy ceny powinny zostać wyjaśnione przez wykonawcę z uwagi na powstałe wątpliwości.

- d. Weryfikacja ceny jako rażąco niskiej odnosi się zawsze do konkretnego przedmiotu zamówienia, zwłaszcza do rzeczywistych kosztów jego realizacji. Jeśli bowiem wysokość oferowanej ceny nie zapewni dostatecznego pokrycia wszystkich kosztów realizacyjnych, **wykonawca** chroniąc się przed stratą transakcyjną posuwa się zazwyczaj do niedopuszczalnych oszczędności ilościowo-jakościowych, ze szkodą dla interesu publicznego, nie wspominając o naruszeniu wymagań uczciwej konkurencji (Anna K. Szymańska, Wyjaśnienie oferty z rażąco niską ceną Pzp nr 1 2015). **Odwolujący** złożył ofertę z założeniem osiągnięcia zysku, w pełni pokrywającą koszty realizacji umowy. Na potwierdzenie tego składa wraz z odwołaniem fragment budżetu, który pokazuje zakładany przez **odwołującego** zysk. Dokument zostaje objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dowód: wyciąg z budżetu – kalkulacji ceny ofertowej **odwołującego** – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa

4. Zakres wezwania do wyjaśnień

Dopiero w decyzji o odrzuceniu **zamawiający** wskazał, że w odpowiedzi na drugie wezwanie do wyjaśnień brak było „dowodów potwierdzających, że kalkulacja ceny została dokonana w sposób przekonujący **zamawiającego**, że zastosowane ceny robocizny, sprzętu i materiałów, a także przewidywane koszty pośrednie **wykonawcy** (koszty ogólne budowy, koszty zarządu itp.) dają gwarancję należytego wykonania kontraktu”. Takie wskazanie na elementy, odnośnie których **zamawiający** oczekiwał wyjaśnienia jak: robocizna, koszty pośrednie czy sprzęt i materiały powinno mieć miejsce w wezwaniu i wtedy z całą pewnością w odpowiedni sposób **odwołujący** odniósłby się do nich. **Odwolujący** jest podmiotem posiadającym wieloletnie doświadczenie w branży jak również w kalkulacji ceny i jej wyjaśnianiu.

Dalej **zamawiający** w uzasadnieniu odrzucenia oferty **odwołującego** pisze – nadal bardzo ogólnie – że „wyjaśnienia powinny być szczegółowe wraz z dowodami, a nie powierzchowne i lakoniczne. (...) powinny z nich wynikać czynniki cenotwórcze, koszty pracowników, zaangażowanie odpowiedniego sprzętu jak i zysk wykonawcy”. Tyle że ponownie z takiego wyliczenia nic nie wynika.

Biorąc pod uwagę wielkość zamówienia i rozpiętość kosztorysu obfitującego w setki elementów kosztowych trudno przyjąć, że **zamawiający** oczekiwał podania mu wszystkich elementów cenotwórczych. Bez względu na to czego oczekiwał **zamawiający** w żadnym z wezwań tego nie sprecyzował.

Odwołujący przedstawił przykładowe wezwania skierowane przez **zamawiających** w podobnym zakresie, jak te dotyczące przedmiotowego zamówienia, które pokazują jak sformułowane są wezwania w sprawie ceny i jak istotnie różni się to od wezwań **zamawiającego**.

Dowód:

Wezwanie GDDKiA z 6.05.2015 r.

Wezwanie GDDKiA z 1.07.2015 r.

Wezwanie MZDiT z 6 i 9.07.2015 r.

3. Udzielenie przez odwołującego wyczerpujących wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty

Niezależnie od powyższego wadliwego działania **zamawiającego**, którego negatywnych konsekwencji nie może ponosić **odwołujący**, **odwołujący** podkreślił, że uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty **odwołującego**, **zamawiający** całkowicie bezpodstawnie nie uwzględnił ani nawet nie odniósł się w żaden sposób do argumentów i dowodów przedstawionych przez **odwołującego** w kolejnych wyjaśnieniach. Poprzestał on jedynie na wskazaniu, że wyjaśnienia są ogólnikowe i pozbawione dowodów, a tym samym nie rozwiały wątpliwości **zamawiającego**. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że analogiczne błędne argumenty **zamawiający** wskazał w odrzuceniu ofert dwóch innych **wykonawców**, co świadczy o automatycznym i bezrefleksyjnym działaniu **zamawiającego**, któremu z pewnością nie można przypisać wyczerpującej analizy złożonych oferty i zaoferowanych cen, co jest bezwzględny obowiązkem **zamawiającego**.

Tymczasem **odwołujący** wskazał na następujące obiektywne czynniki mające wpływ na ustalenie przez niego ceny:

- 1) współposiadanie wytwórni mieszanek mineralno-bitumicznych w niewielkiej odległości od budowy;
- 2) opusty na materiały budowlane i udzielone rabaty. **Odwolujący** wskazywał w swoich wyjaśnieniach o posiadaniu rzeczownych opustów i korzystnych rabatów, jednak **zamawiający** to zignorował i w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty podał, że **odwołujący** rzekomo żadnych obiektywnych czynników nie wskazał; jeżeli **zamawiający** miał w tym zakresie wątpliwości chciał dopytać o szczegóły to mógł to uczynić w drugim wezwaniu z **21.12.2015 r.**, ale jednak tego nie uczynił najwyraźniej uznając, że wyjaśnienia w tym zakresie są wyczerpujące (o uprawnieniu do uznania, że posiadane opusty czy stosowane rabaty mogą stanowić czynnik istotny przy obniżeniu ceny orzekła KIO wielokrotnie, w tym m.in. w wyroku **KIO/UZP 765/08**);
- 3) zakupienie części materiałów już wcześniej po niższych niż obecnie na rynku ceny;
- 4) liczna wykwalifikowana własna (a nie np. podmiotu trzeciego) kadra;

- 5) własny nowoczesny sprzęt pozwalający na wykonanie większości prac własnymi siłami, co daje istotne oszczędności wynikające z braku konieczności wynajmowania sprzętu.

W kontekście przytoczonego wyroku **KIO 1399/14** przedmiotowe argumenty są wystarczające wobec pozbawionego szczegółowych pytań wezwania **zamawiającego**. Niezależnie od tego, dla uniknięcia wszelkich wątpliwości, chociaż jak już podkreślano wcześniej, **zamawiający** nie wskazał w żadnym z wezwań jakie konkretne elementy oferty budzą jego wątpliwości i co do których wymaga przedstawienia szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami, **odwoływający** wskazuje dodatkowo:

- a. W nawiązaniu do złożonych wyjaśnień **odwoływający** wskazuje na istotną okoliczność, wspomnianą w wyjaśnieniach, że dysponuje własną wytwórnią mas bitumicznych położoną najbliżej budowy, co pozwala na obniżenie cen dostaw. Ponadto większość pozostałych **wykonawców** opiera się na wytwórni **firmy SKN Sp. z o.o.**, która produkuje tylko i wyłącznie masę do celów handlowych. Oferowane przez tę **wytwórnię** masy są znacząco wyższe niż te, które może osiągnąć **odwoływający** w swojej wytwórni. W związku z powiązaniem kapitałowym i biznesowym Wytwórni Mas z **odwoływającym** oferowane ceny są bardzo korzystne.

Dowód: Tabela porównawcza cen mas bitumicznych **odwoływającego** i oferowanych przez wytwórnię SKN Sp. z o.o. (dane pochodzą z ofert)

- b. **Odwoływający** wykonał na rzecz **zamawiającego** tylko w 2015 r. kilka kontraktów – w terminie i rzetelnie, a odbiory były bezusterkowe, co wskazuje na to, że funkcjonuje stabilnie, a zamówienia wykonuje za zaoferowane ceny rzetelnie i terminowo, nie zachodzi zatem obawa, że oferowane przez niego ceny zagrażają prawidłowemu wykonaniu kontraktu. Umowy wykonane na rzecz **zamawiającego** tylko w 2015 r. dotyczyły: remontu nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 931 w miejscowości Jankowice, remontu drogi wojewódzkiej nr 942 wraz z odwodnieniem i wymianą chodników na odcinku Wisła Malinka, skrzyżowanie z drogą powiatową Wisła Rondo, remontu dróg i obiektów inżynierskich na sieci dróg wojewódzkich realizowanych na drodze wojewódzkiej nr 795 wraz z odwodnieniem, przebudowy drogi wojewódzkiej nr 416 wraz z chodnikami w miejscowości Racibórz.

4. Dowody na potwierdzenie prawidłowości zaoferowanej ceny

Odnosząc się do kwestii dowodowej, podkreślanej przez **zamawiającego** w uzasadnieniu do odrzucenia **odwoływający** zauważa, że – jak wskazuje **art. 90 ust. 1 Pzp** – ustawodawca nie wprowadził autonomicznej definicji dowodu. Dlatego należy w tym zakresie odwoływać się do reguł ukształtowanych na gruncie prawa cywilnego, które przewidują

otwarty katalog dowodów. Koncepcja ta nie budzi wątpliwości w doktrynie prawa zamówień publicznych, gdzie wskazuje się, że „z braku definicji dowodu należy przyjąć, że będzie to każdy dokument, opinia, oświadczenie strony (te rodzaje dowodów są przykładowo wymieniane w art. 190 i nie sposób odmówić wykonawcy posługiwania się nimi także w relacjach z zamawiającym)” (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, LEX 2014 r.). Innymi słowy, **wykonawcy** przysługuje prawo wyboru środków dowodowych, przy których zastosowaniu **wykonawca** dowiedzie realności zaoferowanej przez siebie ceny. Nawet zatem same wyjaśnienia powinny zostać uznane za wystarczające dla udowodnienia obniżenia ceny.

Treść wyjaśnień wybranego **wykonawcy** została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Odnieść można się do wyjaśnień innego **wykonawcy M-SILNICE AS**, którego oferta nie została odrzucona. **Wykonawca** ten złożył – na potwierdzenie tego, że jego cena nie jest rażąco niska – oferty swoich podwykonawców dotyczące wartościowo jedynie około **30%** całego zamówienia i wybranych jego elementów, bez identyfikacji metody wyboru. Powyższe w żadnym stopniu nie pokazuje czy cena całkowita jest rażąco niska. Mogłoby jedynie służyć analizie porównawczej wybranych elementów ofert (w stosunku do różnych ofert i możliwych cen rynkowych) oraz analizie czy zakłada to realność oferty i założenie osiągnięcia zysku. W takim przypadku te wybiórcze oferty podwykonawców dotyczące niektórych tylko elementów oferty cenowej nie wnoszą nic w zakresie wniosków odnośnie oceny czy zaoferowane ceny są czy nie są rażąco niskie i należy im odmówić waloru dowodu. Dodatkowo powoduje to nierówne traktowanie **wykonawcy – odwołującego**, biorąc pod uwagę argumenty, które spowodowały uwzględnienie wyjaśnień **wykonawcy M-SILNICE AS** wobec wyjaśnień **odwołującego**.

Mając świadomość braku istotności tych wyliczeń, wobec braku sprecyzowania przez **zamawiającego** ich zakresu, jako materiału porównawczego lub badawczego, **odwołujący** nie złożył ich na wezwanie **zamawiającego**. W celu pokazania transparentności w tym zakresie w załączeniu **odwołujący** przedstawia również wybrane wyliczenia stanowiące jedynie elementy oferty, przykładowe – istotne z punktu widzenia zamówienia, mające na celu potwierdzenie tezy i stwierdzeń wskazanych w odpowiedziach na wyjaśnienia, niedokonanych w toku wyjaśnień z uwagi na to, że **zamawiający** nie wykazał zainteresowania ich przedstawieniem.

Dowód: Oferty poddostawców – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa

W odpowiedzi na drugie wezwanie **odwołujący** złożył dowody potwierdzające istotne jego zdaniem aspekty kształtowania ceny i jego sposobu funkcjonowania, które wpłynęły na jej wysokość.

5. Wartość szacunkowa zamówienia i jej odniesienie do ofert cenowych w Postępowaniu. Zestawienie cen w postępowaniach podobnych

Zamawiający całkowicie bagatelizuje również sygnalizowaną w wyjaśnieniach **odwołującego** okoliczność, że przyjęta wartość szacunkowa zamówienia jest nierynkowa i wygórowana, co w konsekwencji sprawia, że w celu przeprowadzenia rzetelnej oceny nie powinna ona stanowić punktu odniesienia dla oceny realności ofert. W wyjaśnieniach **odwołujący** jednoznacznie wskazywał, że w tej sytuacji podstawą porównania powinna być jedynie średnia arytmetyczna złożonych ofert. Zasada taka wynika bezpośrednio z treści przepisu **art. 90 Pzp**, w którym ustawodawca, jako przesłankę zastosowania procedury wyjaśniającej, przewidział w formule alternatywy nierozłącznej zestawienie badanej oferty i jej ceny z wartością szacunkową zamówienia lub ze średnią arytmetyczną złożonych w danym postępowaniu ofert. Oczywistym wydaje się, że wartość szacunkowa została przez **zamawiającego** w przedmiotowym postępowaniu przeszacowana, jako że 16 złożonych ofert odbiegało o co najmniej **30%** od wartości szacunkowej zamówienia, a same względem siebie były zbliżone i nie pokazywały istotnych rozbieżności. Powyższe powinno skierować **zamawiającego** na średnią arytmetyczną złożonych ofert jako punkt odniesienia dla badania oferty, której cena wydaje się **zamawiającemu** rażąco niska na podstawie bliżej nieokreślonych kryteriów.

Takie samo stanowisko wielokrotnie zajmowała Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako „**KIO**”). W jednym z nowszych wyroków **KIO** potwierdziła, że w sytuacji, gdy ceny ofert znacząco odbiegają od szacunków **zamawiającego**, należy stwierdzić, że „szacunki te nie mają związku z rzeczywistością i nie mogą być powoływane jako wiarygodny obraz wartości rynkowej przedmiotu zamówienia. W tym zakresie należy przyznać większą wiarygodność i znaczenie cenom oferowanym przez działających na tym rynku przedsiębiorcom. Innymi słowy: realna rynkowa wartość przedmiotu zamówienia to raczej średnia wynikająca z cen oferowanych w postępowaniu, a nie wartość ustalana przed wszczęciem postępowania przez zamawiającego” (wyrok **KIO** z 10 kwietnia 2014 r. **sygn. akt 2239/13, KIO 2240/13**).

Tymczasem średnia cena obliczona ze wszystkich ofert wynosi **111 814 938,10 zł** brutto.

Przyjęcie takiej podstawy porównania diametralnie zmienia ocenę oferty **odwołującego** prowadząc do następujących wniosków:

- różnica pomiędzy wartością brutto, jaką **zamawiający** był gotów przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a średnią złożonych ofert wynosi aż **71 543 223,53 zł**, co potwierdza wadliwość szacunków;
- cena oferty **odwołującego** nie odbiega istotnie od cen pozostałych ofert, w tym jest zbliżona do oferty zwycięskiej **wykonawcy Max Bögl**.

Z niewyjaśnionych jednak względów nieznanymi **odwołującemu** (wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny **wykonawcy Max Bögl** zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), **zamawiający** uznał, że niewiele wyższa cena oferty **wykonawcy Max Bögl** nie jest ceną rażąco niską.

Gdyby zatem **zamawiający** prawidłowo przeprowadził procedurę badania oferty musiałby przyjąć, że już pobieżna analiza stosunków procentowych potwierdza realność ceny oferty **odwołującego**. Jak bowiem słusznie wskazuje **KIO** w przywołanym wyroku „kilku czy kilkunastoprocentowe różnice in minus w stosunku do średniej cenowej wynikającej z ofert złożonych w przedmiotowym przetargu, nie sposób zakwalifikować jako rażące. W świetle danych zawartych w sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za 2012 r. powołanym przez M. w piśmie procesowym z 1 kwietnia 2014 r. tego typu różnice w cenach ofertowych można uznać za występujące powszechnie i raczej niewielkie”.

Brak przesłanek do stwierdzenia, że oferta **odwołującego** budzi uzasadnione wątpliwości pokazuje się również w braku konsekwencji **zamawiającego** w traktowaniu podobnych ofert **odwołującego** w innych przetargach. W trzech przetargach dotyczących tej samej branży robót budowlanych organizowanych przez tego samego **zamawiającego** zaoferowana cena przez **odwołującego** różniła się o ponad **30%** od wartości szacunkowej zamówienia, a **zamawiający** nie wezwał **odwołującego** do wyjaśnień w sprawie ceny pod kątem analizy tej ceny jako rażąco niskiej wcale.

Dowód:

1. Raport z zestawienia ofert w postępowaniu ZDW Katowice-Pyrzowice.
2. Raport z zestawienia ofert w postępowaniu ZDW Katowice-Szczekociny.
3. Raport z zestawienia ofert w postępowaniu ZDW Katowice-Wisła Malinka.

W przedmiotowym postępowaniu istotnym aspektem pokazującym brak logiki i konsekwencji w działaniu **zamawiającego** jest też analiza oferty wybranego **wykonawcy** w zestawieniu do oferty **odwołującego**. Wybrany **wykonawca Max Bögl** ma niższe ceny od odpowiednich cen jednostkowych w ofercie **odwołującego** w bardzo wielu istotnych elementach kosztorysu. Różnica między ofertą wybraną a ofertą **odwołującego** została umieszczona w kosztach ogólnych. Z kolei, co do zasady koszty ogólne związane są z bieżącym funkcjonowaniem danego podmiotu i są lub powinny być niższe, gdy m.in. dany podmiot działa na rynku lokalnym, ma niskie koszty pracownicze w związku z tym, nie generuje kosztów zakwaterowania lub dojazdu pracowników itp., co w przedmiotowej sytuacji jest domeną **odwołującego**, a nie wybranego **wykonawcy**.

Odwołujący, o ile takie pytanie zadałby **zamawiający**, jest w stanie udowodnić rynkowość i realność każdej ceny jednostkowej w swojej ofercie. Biorąc pod uwagę

znajomość rynku należy natomiast stwierdzić, że wielu cenom jednostkowym w ofercie wybranego **wykonawcy** tego waloru należy odmówić, czego zamawiający nie zbadał.

W załączeniu **odwołujący** przedstawił zestawienie wybranych elementów cen w kilku ofertach, w tym w ofercie wybranej i ofercie **odwołującego**.

Dowód: zestawienie cen

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 29.01.2016 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **29.01.2016 r.** (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

29.01.2016 r. wykonawca Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Światowida6, 71-726 Szczecin złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **9.02.2016 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). **Zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Ponadto **Izba** dopuściła **dowody** wniesione przez **odwołującego** przy odwołaniu z **28.01.2016 r.**, przy czym na treść wyroku nie mogły mieć wpływu kwestionowane przez **zamawiającego** i **przystępującego** dowody z (a) wyciągu z budżetu – kalkulacji ceny ofertowej **odwołującego** oraz (b) oferty poddostawców (dowody te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). **Izba** stwierdza, że dowody te mogły być złożone do

zamawiającego na etapie badania ofert, jak to wskazywali **zamawiający** oraz **przystępujący**, i wtedy **zamawiający** mógł wziąć te dokumenty pod uwagę rozpatrując kwestię czy oferta **odwołującego** zawiera **rażąco niską cenę**. Złożenie tych dowodów po upływie terminu przeznaczanego przez **zamawiającego** na udzielenie wyjaśnień przez **odwołującego** (do **28.12.2015 r.**) i uwzględnienie tych dowodów w wyroku byłoby sprzeczne z treścią **art. 90 ust. 3 Pzp**, który brzmi »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«. Dopuszczenie składania wyjaśnień i dowodów na twierdzenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny po upływie terminu wyznaczonego przez **zamawiającego** na tę czynność powodowałoby, że **zamawiający** nie mógłby zakończyć postępowania przetargowego, gdyż musiałby czekać – nie wiadomo ile czasu – na ewentualną reakcję **wykonawców**, do których zwrócił się **zamawiający** o złożenie wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzuty:

pierwszy naruszenia **art. 90 ust. 1 Pzp** przez jego błędne zastosowanie, polegające na przeprowadzeniu procedury wyjaśniania realności ceny oferty **wykonawcy Drog-Bud** niezgodnie z dyrektywami postępowania wynikającymi z tego przepisu, w szczególności przez zaniechanie wskazania, które elementy oferty budzą wątpliwości **zamawiającego** i wymagają wyjaśnienia

drugi naruszenia **art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp** przez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez **odwołującego** i uznanie ich za zbyt ogólnikowe i nie odnoszące się do obiektywnych czynników mających wpływ na kalkulację ceny, podczas gdy wbrew takiemu obowiązkowi **zamawiający** nie wskazał w wezwaniu do wyjaśnień, które elementy oferty wzbudziły wątpliwości **zamawiającego** i do których elementów **zamawiający** oczekuje wyjaśnień

trzeci naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp** przez bezzasadne odrzucenie oferty **odwołującego** w sytuacji, gdy złożył on wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem **zamawiającego** wskazując na obiektywne czynniki, które pozwoliły **odwołującemu** na obniżenie ceny i **odwołujący** przedstawił w tym zakresie stosowne dowody

– nie zasługują na uwzględnienie.

Odwolujący podważa podstawność zwrócenia się przez **zamawiającego** do **wykonawców** o udzielenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Przytacza w związku z tym m.in. orzeczenia Izby dotyczące stanu prawnego sprzed nowelizacji **art. 90 ust. 1 i 2 Pzp** dokonanej ustawą z dnia 28 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), która weszła w życie 19.10.2014 r. Obecnie przepisy te brzmią: **art. 90 ust. 1 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« [podkreślenie i pogrubienie zostało dokonane przez skład orzekający Izby] oraz **art. 90 ust. 2 Pzp** »Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy«. W jednym z przytoczonych wyroków (sygn. akt KIO 2239/13 i KIO 2240/13) **Izba** wyraźnie stwierdziła w pierwszym zdaniu uzasadnienia, jaka była podstawa prawna rozpoznawanego tam postępowania »Zamawiający, Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy«. Dlatego Izba musi stwierdzić, że nie można argumentacji wynikającej z ówczesnego postępowania stosować do obecnie rozpoznawanego postępowania.

Obecnie **zamawiający** musi zwracać się do **wykonawców** o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty, gdy cena »jest niższa o 30% od wartości zamówienia **lub** średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert«. Zdaniem **Izby** na podkreślenie zasługuje fakt posłużenie się przez ustawodawcę w **art. 90 ust. 1 Pzp** spójnikiem »lub«, co wskazuje na zastosowanie w tym przepisie alternatywy nierozłącznej. Zgodnie z tym **zamawiający** ma

obowiązek zwracać się do **wykonawców** o wyjaśnienia ceny oferty, jeżeli wystąpi chociaż jedna z przesłanek wskazanych w tym przepisie, a więc gdy wystąpi pierwsza przesłanka – cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia, bądź gdy wystąpi druga przesłanka – czyli gdy cena oferty jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Ze względu na zastosowanie spójnika »lub«, co w efekcie wskazuje na wystąpienie alternatywy nierozłącznej, zamawiający będzie miał obowiązek także wystąpić o wyjaśnienia do wykonawców, gdy wystąpią na raz obie te przesłanki.

Izba przytacza za prof. Zygmuntem Ziemińskim matrycę »lub«, funktora dwuargumentowego (str. 75 Zygmunt Ziemiński »Logika praktyczna« PWN Warszawa 1974):

p	q	$p \vee q$
1	1	1
1	0	1
0	1	1
0	0	0

»Jak widać z matrycy »warunkiem wystarczającym prawdziwości alternatywy zwykłej jest prawdziwość choćby jednego argumentu zdaniowego (prawdziwość obu zdań składowych nie jest konieczna)« (*ibidem* str. 76). Stąd **Izba** nie może przyjąć argumentacji **odwołującego**, że **zamawiający** wystąpił do **wykonawców** o wyjaśnienia ceny bez ustawowej konieczności takiego działania. Zresztą **zamawiający** może wystąpić do **wykonawców** o wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej także w innych przypadkach, które nie były przedmiotem rozpoznania **Izby** w obecnym postępowaniu odwoławczym.

Cena oferty **odwołującego** wynosi **92 769 291,53 zł** brutto i jest niższa o **30%** od wartości przedmiotu zamówienia (powiększonej o VAT) wynoszącej **183 356 161,63 zł** brutto. Bez znaczenia dla wyniku postępowania jest, że pozostałe oferty także zawierały ceny niższe o 30% od wartości przedmiotu zamówienia i faktycznie niewiele odbiegały od ceny oferty **odwołującego**.

W postępowaniu przetargowym **odwołujący** nie może się zasłaniać nieprawidłowym zrozumieniem wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, gdyż **zamawiający** zwracał się do **wykonawcy** (obecnego **odwołującego**) o wyjaśnienia dwukrotnie, a **odwołujący** nie skorzystał z możliwości zadania pytań do **zamawiającego** jak ma rozumieć treść wezwania, co w rozpoznawanej sprawie nie byłoby uchybieniem. Sam brak szczegółowości w zwróceniu się o wyjaśnienia nie zwalnia **wykonawcy** z obowiązku szczegółowego wykazania elementów, które wpłynęły na kwotę cenową – podobnie wyrok KIO z 5 maja 2015 r., sygn. akt **KIO 806/15** »Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego

przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały«.

Ponadto **Izba** podkreśla, że **odwołujący** nie wykazał w żadnym miejscu swoich wyjaśnień wpływu na cenę ofertową wykazanych i udowodnionych czynników, którymi dysponuje **odwołujący**, np. kwalifikacje kadry, nowoczesność sprzętu, preferencyjne warunki w wytwórni mieszanek mineralno-bitumicznych itp.

Jednocześnie **Izba** podkreśla, że **wykonawca** musi nie tylko wyjaśnić »co« – jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. **Wykonawca** musi też wyjaśnić »w jaki sposób« wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie **wykonawca** może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych **wykonawców** i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie np. dysponowania parkiem maszynowym bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych **wykonawców** nie może dać **zamawiającemu** podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprost przeciwnie – **zamawiający** w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do **art. 90 ust. 3 Pzp**, który brzmi »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«. Tak też na ogólne wyjaśnienia **odwołującego** musiał zareagować **zamawiający** i w rozpoznawanej sprawie **zamawiający** odrzucił ofertę **odwołującego**, zgodnie z **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp**, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Wobec powyższego **Izba** nie może przychylić się do pierwszych trzech zarzutów **odwołującego**.

W ocenie **Izby**, zarzut **czwarty** naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** przez nierówne traktowanie **wykonawców** przy ocenie wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał, że **zamawiający** nie dochował zasady równego traktowania **wykonawców** zawartej w **art. 7 ust. 1 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«. Z tego względu **Izba** nie może przychylić się do zarzutu czwartego naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** przez nierówne traktowanie **wykonawców** przy ocenie wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący: