

Sygn. akt: KIO 1851/16

WYROK

z dnia 17 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2016 r. przez Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Sosnowiec w Sosnowcu,

przy udziale Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich na rzecz Gminy Sosnowiec w Sosnowcu kwotę 842 zł 00 gr (słownie: osiemset czterdzieści dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Sosnowiec w Sosnowcu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę ul. Armii Krajowej w Sosnowcu.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 9 czerwca 2016 r. w Dz. Urz. UE Nr 2016/S 110-196135.

W dniu 22 września 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 3 października 2016 r. Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności rozstrzygnięcia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postaci uprzywilejowanego potraktowania wykonawcy Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Katowicach sp. z o.o. (ul. Miedziana 5,40-321 Katowice; dalej jako „WPRD Katowice”) i dokonania wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę WPRD Katowice, pomimo iż zaistniały ku temu ustawowe przesłanki;
3. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień wykonawcy WPRD Katowice

- i zaniechanie odrzucenia jego oferty;
4. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WPRD Katowice, pomimo, że nie potwierdził on spełniania warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 2 rozdział VII SIWZ, a w konsekwencji naruszenie także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który winien być wykluczony, pomimo że wykonawca WPRD Katowice po formalnym wezwaniu Zamawiającego miał możliwość wyjaśnienia wszelkich wątpliwości w tym zakresie/ uzupełnienia dokumentu;
 5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy WPRD Katowice jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy WPRD Katowice;
2. nakazanie Zamawiającemu wykonanie zaniechanej czynności, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy WPRD Katowice jako zawierającej rażąco niską cenę oferty; względnie
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy WPRD Katowice jako niespełniającego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia i w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty;

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

1. Zarzut naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

- 1.1. W przedmiotowym Postępowaniu zostały złożone następujące oferty, przy czym wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 14.278.421,19 zł:

| lp | Oferenci | Wartość netto | Wartość brutto | % do najniższej | % do inwestorskiego | GWARANCJA | PUNKTACJA |
|----|---|-----------------|-----------------|-----------------|---------------------|-----------|-----------|
| 1 | WPRD K-ce | 5 529 162,46 zł | 6 800 869,83 zł | 0% | 48% | 7 | 98 |
| 2 | EUROVIA POLSKA S.A. | 5 815 771,15 zł | 7 153 39831 zł | 4,90% | 50% | 7 | 933 |
| 3 | DROGOPOL ZW | 5 826 394,73 zł | 7 166 465,52 zł | 5,10% | 50% | 5 | 903 |
| 4 | SILESIA INVEST S.C.+BITUM Lubliniec | 5 985 09530 zł | 7 361 667,22 zł | 8% | 52% | 7 | 90,8 |
| 5 | SKANSKA S.A. | 6 010 16631 zł | 7 392 505,18 zł | 8% | 52% | 7 | 92,4 |
| 6 | ROMUS Katowice+ ZDR DIORYT K-CE | 6 240 493,81 zł | 7 675 80739 zł | 11% | 54% | 7 | 873 |
| 7 | Berger Bau | 6 411 175,11 zł | 7 885 74539 zł | 14% | 55% | 7 | 84,9 |
| 8 | PRUiM Gliwice | 6 578 75535 zł | 8 091 86933 zł | 16% | 57% | 5 | 79,8 |
| 9 | BTJDIMEX | 6 616 006,14 zł | 8 137 68735 zł | 16% | 57% | 10 | 84,4 |
| 10 | AWT REKULTIVACE PL +AWT REKULTIVACE AS | 6 734 470,42 zł | 8 283 398,62 zł | 18% | 58% | 7 | 81 |
| 11 | STRABAG INFRASTRUKTURA | 6 995 080,32 zł | 8 603 948,79 zł | 21% | 60% | 7 | 78,1 |
| 12 | FIRESTA FIŚER REKONSTRUKCE STAVBY A S S A | 7 622 289,03 zł | 9 375415,51 zł | 27% | 66% | 7 | 71,9 |
| 13 | BANIMEX Będzin + AZI BUD Będzin | 7 935 928,08 zł | 9 761 191,54 zł | 30% | 68% | 7 | 69,2 |

1.2 Z uwagi na występujące rozbieżności pomiędzy złożonymi ofertami, a ustaloną wartością zamówienia, Zamawiający wezwał wykonawcę WPRD Katowice do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty (pismo Zamawiającego z dnia 24.08.2016 r.). W piśmie tym Zamawiający zwrócił uwagę, że „złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia mają być rzeczowe oraz poparte stosownym materiałem dowodowym.

Wykonawca nie może oprzeć się jedynie na ogólnych tezach”, oraz przedstawił stosowne argumenty prawne (w tym stosowną opinię Urzędu Zamówień Publicznych), wskazujące że brak udowodnienia przez wykonawcę realności ceny będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

- 1.3 W dniu 30 sierpnia 2016 r. wykonawca WPRD Katowice przedstawił odpowiedź na ww. wezwanie Zamawiającego, w którym w sposób bardzo ogólny i niepodparty żadnymi kalkulacjami starał się wykazać realność swojej ceny. Całość wyjaśnień została zawarta na dwóch stronach, przy czym większość zawartej tam treści dotyczy informacji o historii firmy i dobrej współpracy z dostawcami. Ponadto do oferty załączono oferty od partnerów handlowych, które rzekomo mają wskazywać na realność ceny. W tym kontekście wskazać należy, że WPRD Katowice w żaden sposób nie odniósł się do tych ofert w swoich wyjaśnieniach i przykładowo nie wskazał na jakiegokolwiek elementy, które wpłynęły na wysokość ceny.
- 1.4 Wykonawca WPRD Katowice nie udowodnił jednoznacznie, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna i że będzie wystarczająca by wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. W związku z powyższym zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp”.
- 1.5 Przy ocenie wyjaśnień wykonawcy WPRD Katowice uszło niewątpliwie uwadze Zamawiającego, że także art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty wykonawcy, w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. *Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty, która nie została wprost wyartykułowana w treści przepisu. Dzieje się tak w sytuacji, gdy w wyniku wezwania zostały co prawda złożone wyjaśnienia, ale ich treść nie odnosi się do wszystkich elementów cenotwórczych jakie zgodnie z żądaniem zamawiającego miały być zaprezentowane. W takich okolicznościach organizator postępowania może nie dysponować wszystkimi danymi, jakich wymagał w celu wykazania, iż cena ofertowa nie jest rażąco niska, a równocześnie nie będzie przekonany co do tego, że wynagrodzenie jest w istocie rażąco niskie. Nieprzedstawienie kalkulacji ceny zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego może uniemożliwić pozytywną weryfikację wyjaśnienia, ale równocześnie nie musi potwierdzać oferowania realizacji usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. Także w takiej*

sytuacji zamawiający winien odrzucić ofertę...” Powyższe stanowisko potwierdza wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r. (sygn. akt: KIO 730/10), w którym czytamy m.in. „w konsekwencji, oferta wykonawcy który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień”.

- 1.6 Stąd też brak przedstawienia jakiegokolwiek kalkulacji ceny oferty, czy wskazanie na konkretne czynniki cenotwórcze, jakie spowodowały określenie przez WPRD Katowice ceny oferty na danym poziomie, nie może być zastąpione załączeniem kilku ofert od kontrahentów bez jakiegokolwiek ich skomentowania, w połączeniu z kalkulacją ceny ofertowej. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę WPRD Katowice, gdyż wykonawca ten nie wykazał w żaden sposób, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna i że będzie wystarczająca by wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ.
- 1.7 Konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 ustawy Pzp pozwala na postawienie tezy, iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska bądź taka rażąco niska cena może wystąpić w ofercie wykonawcy. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co obecnie wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień. Za taką koncepcją opowiadała się też wielokrotnie Izba. I tak, w wyroku z 24.06.2010 r. (KIO 1157/10) Izba stwierdziła, iż "wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy". Wcześniej takie stanowisko Izba zajmowała w wyroku z 17.10.2008 r. (KIO 1068/08) i z 23.12.2008 r. (KIO 1443/08), stwierdzając, iż wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie prawne (preasumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w

stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę (tak SO w Częstochowie w wyr. z 1.4.2005 r., VI Ca 464/05). Wykonawca powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i powinien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę (wyr. KIO z 26.1.2010 r., KIO 1701/09).

- 1.8 Ze względu na to, że celem złożenia wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne« wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podana w ofercie cenę. Jak stwierdził SO w Warszawie w wyroku z 5.1.2007 r. (V Ca 2214/06, niepubl.), nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem sądu, „intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu instytucji wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny”. Takie stanowisko wynika pośrednio z art. 90 ust. 3, a zupełnie jednoznacznie z ust. 4. Skutkiem tego jest obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone, albo swoją lakonicznością i brakiem wskazania obiektywnych czynników potwierdzą, iż przyjęte domniemanie rażąco niskiej ceny jest zasadne. Podobne zdanie wyrażała wielokrotnie KIO, podnosząc w wyrokach, iż wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaoferowanej ceny (np. wyr. z 23.12.2008 r., KIO 1443/08) oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca nie będzie ponosił strat (wyr. z 28.1.2010 r., KIO 1746/09).
- 1.9 Wskazać należy, że cena nawet znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet od cen innych wykonawców, nie musi być ceną rażąco niską, o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął

na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia miały bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana” (wyr. z 19.1.2010 r., KIO 1902/09).

- 1.10 Ustawa Pzp regulując instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, w sytuacji, kiedy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Wyjaśnienia WPRD Katowice, aby mogły zostać uznane za prawidłowe, powinny potwierdzać realność ceny oraz wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową bez ryzyka ponoszenia strat.
- 1.11 KIO w swoim orzecznictwie wskazywała wielokrotnie także, że zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, 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 Pzp. 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 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO 262/09).
- 1.12 W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy pierwszej kolejności, że Zamawiający zastosował procedurę wynikającą z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wezwał WPRD Katowice do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Wezwanie miało konkretny charakter, na co wskazują chociażby przywołane w lei treści argumenty prawne.
- 1.13 Na tak sprecyzowane oczekiwania Odwołujący, jak wskazano powyżej złożył bardzo ogólne wyjaśnienie merytoryczne i nie przedstawił, żadnej kalkulacji cenowej.
- 1.14 W Odwołującego także przedstawione do wyjaśnień oferty kontrahentów nie zawierają żadnej merytorycznej doniosłości i znaczenia, w kontekście wykazania realności ceny. Nie zostały one

bowiem w żaden sposób opatrzone komentarzem w zestawieniu z kalkulacją. Stąd przedstawione w nich oferty cenowe trudno powiązać z ceną ofertową WPRD Katowice. Dla udowodnienia realności ceny nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek dowodów dokumentujących działalność danego przedsiębiorcy, w tym w ujęciu historycznym, ale konieczne jest przedstawienie dowodów, które w sposób obiektywny i jednoznaczny mogą zostać uznane za materiał faktycznie potwierdzający możliwość zaoferowania badanej ceny, a tym samym możliwość należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia, a nie co najwyżej przyjętych własnych założeń, które mogą się nie potwierdzić, za tą cenę.

- 1.15 Wobec powyższych argumentów i dowodów Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę Odwołującego, czemu uchybił.

2. Zarzut dotyczący braku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia

- 2.1 Zgodnie z pkt. 2 rozdziału VIII SIWZ przedmiotowego Postępowania o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Warunek ten *postanie spełniony, o ile Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roboty budowlane polegające na:*
- 1) przebudowie lub budowie drogi o długości min. 500,00mb;*
 - 2) przebudowie lub budowie obiektu mostowego o konstrukcji żelbetowej;*
 - 3) przebudowie lub budowie sieci kanalizacji sanitarnej, deszczowej lub ogólnospławnej o średnicy min. DN200 i długości min. 1000,00mb;*
 - 4) przebudowie lub budowie sieci wodociągowej o średnicy min. DN 160 i długości min. 1000,00mb;*
 - 5) przebudowie lub budowie sieci energetycznej o długości min. 500,00mb;*
 - 6) przebudowie lub budowie sieci teletechnicznej o długości min. 500,00 mb.*
- Zamawiający dopuszcza wykazanie się Wykonawcy jedną robotą budowlaną o łącznym zakresie powyższych robót i łącznych długościach”.*
- 2.2 Tymczasem wykonawca WPRD Katowice na str. 18/19 (załącznik nr 5) złożonej oferty zawarł wykaz robót, który rzekomo sugeruje spełnienie

przez tego wykonawcę ww. warunku wiedzy i doświadczenia. Wykonawca ten jako spełnienie warunku doświadczenia przy „przebudowie lub budowie sieci energetycznej o długości min. 500,00 mb” przywołał zadanie pn. „Przebudowa ulicy Franciszkańskiej i Partyzanów - etap 1”, a jako dowód załączył poświadczenie znajdujące się na stronie 30 i 31 - załącznik 5.6).

- 2.3 Z załączonego dowodu wynika w ocenie Odwołującego jedynie to, że w ramach przywołanego zadania zostało przebudowane łącznie jedynie 443m sieci energetycznej tj.:
- linia energetyczna napowietrzna o długości 241 metrów,
 - linia energetyczna kablowa napięcia na trasie o łącznej długości 202 metrów.
- 2.4 Wykonawca w ofercie wprowadził Zamawiającego w błąd wliczając do swojego doświadczenia montaż 3-żyłowego kabla w linii kablowej, co zawiera się już we wskazanym wyżej odcinku sieci. Wykonawca potwierdza ten fakt w swoich wyjaśnieniach, a w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zmienia swoje stanowisko, próbując wliczyć jako doświadczenie budowy sieci energetycznej - montaż kabla oświetleniowego. Powyższe potwierdza, że wykonawca WPRD nie potwierdził spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w postaci posiadania stosownej wiedzy i doświadczenia, a w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego poprzestał jedynie na wykazaniu, że sumarycznie został osiągnięty cel w postaci wykazania Zamawiającemu montażu określonej długości kabla. Uszło tym czasem uwadze Zamawiającego, że z treści przedłożonego poświadczenia *express verbis* mowa jest o innej kategorii kabla. Wymogiem było wykonanie „przebudowy lub budowy sieci energetycznej”, a nie operacji montażu kabla oświetleniowego.
- 2.5 Nadmienić też należy, iż sieć energetyczne klasyfikuje się na:
- 1) sieci przesyłowe - to zbiór urządzeń współpracujących ze sobą w celu przesyłu energii elektrycznej z węzłów wytwarzania (elektrownie) do węzłów odbiorczych (stacje transformatorowo-rozdzielcze) na znaczne odległości liniami przesyłowymi o górnych napięciach 220 i 400 kV prądu przemiennego oraz 450 kV prądu stałego, służących również do realizacji powiązań z systemami elektroenergetycznymi innych krajów,
 - 2) sieci rozdzielcze - definiuje się jako zbiór urządzeń

współpracujących ze sobą w celu rozdziału energii elektrycznej i dostarczenie jej do odbiorców. Sieć rozdzielczą tworzą linie i stacje 110 kV, SN i nn, których eksploatację i zarządzanie majątkiem prowadzą operatorzy systemów dystrybucyjnych.

- 2.6 Oczywiście więc jest, iż kabel oświetleniowy nie należy do sieci energetycznych. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie nałożył ograniczenia, co do rodzaju sieci ze względu na rodzaj napięcia, a jedynie, co do jej długości oraz tego, żeby sieć była siecią energetyczna - odmienna od innych rodzajów sieci - w tym oświetleniowych czy wodociągowych. W ocenie Odwołującego warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego - dotyczący doświadczenia był jednoznaczny i precyzyjny, natomiast wykaz wykonanych robót budowlanych załączony do oferty WPRD nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Przy rozwiązaniu podobnej kwestii (choć odnoszącej się do sieci kanalizacyjnej) KIO w wyroku z dnia 3 listopada 2011 r. 2261/11 poparła stanowisko - na którym w niniejszym odwołaniu opiera się Odwołujący.
- 2.7 Ż ostrożności należy podnieść - iż z uwagi na bardzo rozbieżne stanowisko WPRD odnośnie kwestionowanej przez Odwołującego informacji o faktycznie wykonanej w ramach przedmiotowej referencji sieci energetycznej - w analogicznym przypadku (wyrok z dnia 8 lutego 2016 r., sygn. KIO 105/16) - stwierdzić należy, że *„oświadczenia składane w postępowaniu [...], są ze sobą sprzeczne, wzajemnie wykluczające się, nie dające jednoznacznej pewności co do pojazdu będącego przedmiotem oceny przez zamawiającego. [...] Wręcz przeciwnie, działanie [...] ukierunkowane jest na wywołanie określonego skutku, poprzez składanie sprzecznych dokumentów. W ocenie Izby całokształt dokumentów zgromadzonych w postępowaniu, w sposób jednoznaczny potwierdza, że [...] w swojej ofercie przedstawił informacje nieprawdziwe, które nie podlegają sanowaniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp”*.
- 2.8 W tym miejscu należy również przywołać wyrok KIO z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt KIO 673/16: *„skład orzekający Izby podziela stanowisko, uprzednio wyrażone wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3*

pzp. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji normy art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca (winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego), który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku. Interpretacja taka jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelných zasad, o których mowa w art. 7 ust. 2 pzp, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie ”.

*

Wskazać należy, że Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2016 r. skierował do wykonawcy WPRD Katowice wezwanie do wyjaśnienia/ uzupełnienia kwestii wskazanego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Wykonawca poprzestał, jak wskazano powyżej, jedynie na wykładni (sprzecznej jak się okazało) swojego dotychczasowego stanowiska. Podkreślenia wymaga, że jeśli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia/ uzupełnienia nie złożył właściwego dokumentu, zamawiający nie może ponownie poprosić go o skorygowanie braków.

Co do zasady, wezwanie do uzupełnienia/ wyjaśnienia konkretnych dokumentów zamawiający kieruje do wykonawców tylko raz. Nawet w sytuacji gdy wykonawca we wniosku lub ofercie nie złożył danego dokumentu, a następnie, po wezwaniu zamawiającego, przedstawił dokument zawierający braki lub przedłożył go w niewłaściwej formie (np. bez swojego podpisu), zamawiający nie zwróci się o jego korektę. Potwierdziła to Wysoka Izba w wyroku z 5 stycznia 2011 r.; sygn. akt KIO 2770/10, w którym stwierdziła, że: *„Wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy do wykonawcy, w razie zaś jego niewykazania wykonawca może jednokrotnie, w terminie wskazanym przez zamawiającego, poprawić wadliwy dokument poprzez złożenie brakującego lub poprawnego dokumentu (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Jeśli wykonawca nie złożył właściwego dokumentu na wezwanie zamawiającego, naprawienie tego na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za niedopuszczalne”*. Wobec powyższego wykonawca WPRD Katowice powinien zostać wykluczony z przedmiotowego Postępowania.

[...]

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy w brzmieniu sprzed wejścia w życie ww. nowelizacji.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy

wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

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.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar

udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia faktycznego domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: *„przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne cząstkowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”*. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez*

ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”*. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: *„odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”*.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: *„Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.”*

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „rażąco niska” referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem

wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ujmując rzecz ściślej „wartość przedmiotu zamówienia” (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie” pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007, str. 305). W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu, ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiegokolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żądanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości – niejako wiele różnych „wartości”. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występującym w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

W tym miejscu można dodać, iż w świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Tym samym wymagane w art. 90 ust. 2 Pzp udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega *in minus* od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Natomiast w przypadku wystąpienia faktu zniżenia ceny oferowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia. Dopiero w tym w przypadku, gdy cena ofertowa odbiega od wartości zamówienia, aby udowodnić jej legalny charakter wykonawcy pozostawało będzie właściwie nic innego, jak wykazać dostępne mu indywidualne czynniki, które pozwoliły mu skalkulować cenę ofertową na zastanym poziomie, bez strat własnych i finansowania zamówienia z innych źródeł (np. czynniki wymienione przykładowo w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 lub po prostu rzetelną, wiarygodną i weryfikowalną kalkulację własnych kosztów wykonania zamówienia korespondującą z ceną oferowaną).

Powyższe wykonawca powinien uczynić w ramach wyjaśnień, do których zgodnie z art. 90 ust. 1 musi go wezwać zamawiający przed przesądzeniem charakteru ceny oferowanej.

Przy czym należy generalnie wskazać, iż w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych wycen, kalkulacji, cech i uwarunkowań... *etc.*, dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny.

Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i

KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: „*Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwienie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji*”.

Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: „ *iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp.*” Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przez niego cena rażąco niska nie jest.

Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i „jakości” wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia i oferty. 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.

Powyższe jest skorelowane z rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym ustanawianym przez dyspozycję art. 190 ust 1a Pzp – w przypadku, gdy cena danej oferty i dane podawane w wyjaśnieniach jej dotyczących są kwestionowane, to nie odwołujący, ale atakowany wykonawca (lub zamawiający) będzie zmuszony wykazać przed Izbą, że cena rażąco niska nie jest oraz udowodnić okoliczności, na które się powołuje, a które są kwestionowane. Przy czym w postępowaniu odwoławczym będzie to konieczne przy pomocy dowodów możliwych do przełożenia na materiał procesowy.

Podkreślić jeszcze raz należy, że w przypadku wystąpienia ustawowych wyznaczników podejrzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej (zaniżenia ceny oferty względem szacunkowej wartości zamówienia lub średniej ofert złożonych w

postępowaniu), ciężar wykazywania okoliczności, że dana cena ofertowa rażąco niska nie jest, został ściśle i jasno określony.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanej sprawy, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż w rozpatrywanym przypadku cena ofertowa WPRD Katowice nie jest zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, który najlepiej oddają ceny ofert licznie składanych w tym postępowaniu. Porównanie ofert przedstawione w treści odwołania, cytowanej powyżej, przesądza o tym, iż to szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego jest kwotą zawyżoną i nie odzwierciedlającą realnej, rynkowej wartości przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia wykonawcy należy więc oceniać przez pryzmat tej okoliczności, która właściwie wyklucza zastosowanie art. 89 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Natomiast, co do postulowanego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, Izba wskazuje, iż po pierwsze Przystępujący wyjaśnienia dotyczące wyceny swojej oferty złożył. Ponadto wyjaśnienia te i ich ocena nie potwierdzały, że cena ofertowa jest rażąco niska. Przeciwnie – WPRD przedstawiła rzeczowe, wiarygodne i poparte dowodami wyjaśnienia, co do realności swojej kalkulacji cenowej, które w zestawieniu z już posiadanymi danymi, w zupełności wystarczyły Zamawiającemu do oceny, że cena taka, w żadnym sensie i wymiarze, zaniżoną nie jest.

Odwołujący nie powinien w tym przypadku przypisywać nadmiernego znaczenia brakowi tzw. kalkulacji cenowej w wyjaśnieniach konkurenta, czyli nieprzedstawienia rozbicia ceny ofertowej na poszczególne składowe. Fakt, że informacje tego typu zazwyczaj, i jak najbardziej zasadnie, stanowią podstawę i punkt wyjścia dla składanych wyjaśnień, nie oznacza, iż są niezbędnym elementem każdego wyjaśnienia.

W rozpatrywanym przypadku, ze względu na charakter wynagrodzenia umownego, składane oferty zawierały kosztorysy ofertowe, które stanowiły bardzo szczegółowe rozbicie ceny ofertowej na poszczególne, wyceniane odrębnie elementy. I odnośnie wyceny poszczególnych, zasadniczych elementów kosztorysowanych Wykonawca przedstawił dowody świadczące o realności ich wyceny, a Zamawiający mógł poszczególne dane i okoliczności podawane w ofercie i

wyjaśnieniach z łatwością zestawić, odnieść i ocenić, co zresztą uczynił i niezwykle udatnie pokazał w odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący mógł w odwołaniu zakwestionować wycenę poszczególnych, zasadniczych pozycji kosztorysowych i podważać wiarygodność dowodów, które Przystępujący przedstawił Zamawiającemu w swoich wyjaśnieniach. Poprzestał jednak jedynie na wywodzeniu i wynajdywaniu formalnych nieprawidłowości złożonych wyjaśnień, które w tym przypadku nie występowały.

Niezasadne jest również postulowanie, że wyjaśnienia wykonawcy muszą się odnosić do absolutnie każdego kosztu, który może przy wykonaniu danego zamówienia wystąpić. Brak odniesienia się do kosztów organizacji objazdów autobusów nie przekreśla w tym przypadku prawidłowości wyjaśnień. A wątpliwości, co do możliwości pokrycia przez cenę ofertową w ramach kosztów ogólnych również ww. kosztów, nie zachodzą oraz nie były podnoszone i wykazywane.

Odnośnie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Następnie Izba stwierdza, że inwestycja pn. „Przebudowa ulicy Franciszkańskiej i Partyzanów - etap 1” w Sosnowcu, wskazywana przez WPRD, potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. VIII pkt 2 SIWZ, odnoszącego się do min. 500 m. sieci energetycznej.

Po pierwsze w SIWZ brak definicji lub jakiegokolwiek dookreślenia sieci energetycznej, do którego treść warunku referuje. Definicje i klasyfikacje, na które wskazuje Odwołujący są definicjami sieci elektroenergetycznej. Tym samym za sieć energetyczną może być uznany jakikolwiek zespół połączonych ze sobą przewodów transportujących jakąkolwiek energię, także elektryczną, na co wskazywał Zamawiający powołując się na definicję z Wikipedii, która jako encyklopedia otwarta i „nienaukowa” jest źródłem najlepiej odzwierciedlającym powszechne rozumienie terminów.

Izba nie znajduje więc żadnych powodów i względów, aby odmówić zakwalifikowania, jako spełniających warunek metrażu sieci energetycznej, sieci oświetleniowej oraz przyłączy do sieci elektroenergetycznych.

Ponadto wskazać należy, iż Zamawiający jako inwestor referencyjnego zadania najlepiej wiedział jaki zakres rzeczowy i jakiego rodzaju prace zostały na nim wykonane, i nie musiał nic w tym zakresie wyjaśniać.

W trakcie wyrokowania uwzględniono wszystkie dowody powoływane przez strony i na ich podstawie ustalono stan faktyczny przedstawiony powyżej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

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