

Sygn. akt: KIO/2606/10

WYROK
z dnia 15 grudnia 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 grudnia 2010 r. **Konsorcjum firm: IDS-BUD Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe HYDROMEL Sp. z o.o. (partner konsorcjum) z siedzibą dla lidera konsorcjum 87 – 500 Rypin, Bielawki 7** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Gmina Prusice, 55 – 110 Prusice, ul. Rynek 1.**

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A., 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: IDS-BUD sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe HYDROMEL sp. z o.o. (partner konsorcjum) z siedzibą dla lidera konsorcjum 87 – 500 Rypin, Bielawki 77** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: IDS-BUD sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe HYDROMEL sp. z o.o. (partner konsorcjum) z siedzibą dla lidera konsorcjum 87 – 500 Rypin, Bielawki 7;**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Do wyroku sygn. akt KIO 2606/10

W dniu **2 grudnia 2010 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp” przez Konsorcjum firm: **IDS-BUD Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HYDROMEL Sp. z o.o. (Partner konsorcjum)**, z siedzibą dla lidera w Rypinie, zwanym dalej „konsorcjum IDS-BUD” lub „Odwołującym”, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Prusice**. Postępowanie dotyczy *„Budowy kanalizacji sanitarnej wraz z przepompowniami, studzienkami, komorami armatury i przyłączami do budynków dla miejscowości: Pietrowice Małe, Ligotka, Krościna Mała, Dębница i miasto Prusice oraz budowy kanalizacji sanitarnej w obrębie Prusice odprowadzającą ścieki ze strefy ekonomicznej, planowanego osiedla oraz w drodze gminnej, wraz z dostawami wyposażenia eksploatacyjnego sieci (zgodnie z dokumentacją projektową) w ramach Projektu: pn. „Program ochrony wód zlewni rzeki Sąsiecznicy, położonej w dorzeczu rzeki Baryczy poprzez budowę oczyszczalni ścieków i kanalizacji na terenie aglomeracji Prusice” nr UDA-RPDS.04.02.00-02-027/09-00 w ramach Priorytetu nr 4 „Poprawa stanu środowiska naturalnego oraz bezpieczeństwa ekologicznego i przeciwpowodziowego Dolnego Śląska (Środowisko i bezpieczeństwo ekologiczne)”, Działalnie nr 4.2 „Infrastruktura wodno-ściekowa Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013”. Nr referencyjny zamówienia BU/341/13/2010. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.*

Numer ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich:

2010/S 139 – 213743 z dnia 21 lipca 2010.

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy:

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których był zobowiązany w ramach postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Informację stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Zamawiający przesłał do Odwołującego w dniu 22 listopada 2010 r.

Interes prawny: w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Bezprawne działania Zamawiającego zamknęły Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę z drugą ceną pod względem wysokości. Jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena oferty - 100%. Gdyby Zamawiający dokonał czynności, do której był zobowiązany i odrzucił ofertę firmy SKANSKA S.A. (zwanej dalej SKANSKA), to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie przy powyższym kryterium, bowiem jego oferta uzyskałaby I miejsce w rankingu ofert. Odwołujący został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem. Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia niniejszego odwołania, bowiem wypełnione są przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp dokonał czynności lub zaniechał dokonania czynności, do których był zobowiązany, tj:

- dokonał, w sposób niezgodny z ustawą Pzp oceny wyjaśnień SKANSKA dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- zaniechał odrzucenia oferty SKANSKA;
- dokonał wyboru oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej;
- zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zwięźle przedstawienie zarzutów:

Przywołane zaniechania lub czynności podjęte przez Zamawiającego dokonane zostały z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W szczególności naruszyły dyspozycje art. 90 ust. 2 i 3, a w związku z tym art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenia te miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosił o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej;
- dokonanie czynności odrzucenia oferty SKANSKA;
- dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że w dniu 22 listopada 2010 r. został powiadomiony o wyborze oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej. Zamawiający uznał, że oferta ta jest poprawna, zawiera najniższą cenę i w związku z tym jest najkorzystniejsza. Jest

to zdaniem Odwołującego uznanie bezpodstawne, bowiem oferta ta powinna być przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził w trakcie badania ofert, że istnieje uzasadnione podejrzenie, iż oferta SKANSKA może zawierać rażąco niską cenę. W dniu 4 listopada 2010 r. Zamawiający w trybie art. 90 ustawy Pzp wezwał SKANSKA do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający uzasadnił swoją czynność podejrzeniem, że cena oferty SKANSKA w wysokości 17.042.109,87 zł brutto może być rażąco niska, bowiem stanowi jedynie 51,76% kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a kwota ta wynosi - 32.925.709,26 zł.

Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień także wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe SYNKRET Sp. z o.o. (zwanego dalej SYNKRET), którego cena oferty wynosiła 18.972.482,95 zł brutto, a więc była o 1.930.373,08 zł wyższa od ceny oferty SKANSKA. Obydwaj wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. SYNKRET w wyjaśnieniach z dnia 10 listopada 2010 r. wskazał, że cena jego oferty nie zawiera wszystkich robót koniecznych do wykonania zamówienia, a nadto, że nie doszacował robót rozbiórkowych i ziemnych, umocnień wykopów oraz odwodnień, a zatem jego cena może być uznana za rażąco niską.

Innego zdania była SKANSKA, mimo że cena jej oferty jest o prawie 2 mln niższa od ceny oferty SYNKRET. SKANSKA w piśmie z dnia 9 listopada 2010 r. oświadczyła, że cena jej oferty została prawidłowo skalkulowana. Wyjaśnienia SKANSKA i zawarte w nich oświadczenia i twierdzenia nie wypełniają wymogów ustawowych, określonych w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia SKANSKA są ogólnikowe, niepoparte dowodami potwierdzającymi, że mogła zaoferować tak niską cenę. Na uwagę zasługuje fakt, że SKANSKA uznała, iż podejrzenie Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny oferty jest uzasadnione, bowiem nie wniosła odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego, tj. wezwania SKANSKA do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wobec niewniesienia odwołania, czynność Zamawiającego uprawomocniła się i wniosła domniemanie, że oferta SKANSKA zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z ustawą Pzp, od momentu uprawomocnienia się czynności wezwania do wyjaśnień, ciężar udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na SKANSKA. Domniemanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę, SKANSKA mogła obalić stosownymi wyjaśnieniami popartymi dowodami. SKANSKA nie złożyła takich wyjaśnień. SKANSKA złożyła wyjaśnienia ogólnikowe, niepoparte przekonującymi i skutecznymi dowodami, niezawierające obiektywnych czynników

dostępnych wyłącznie SKANSKA, które uzasadniałyby możliwość zaoferowania tak niskiej ceny.

Art. 90 ust. 3 stanowi: *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.* Przepis ten jednoznacznie rozstrzyga, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli:

1) wykonawca nie złożył wyjaśnień, lub gdy

2) dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek złożenia wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi te wyjaśnienia, wskazując jednocześnie Zamawiającemu, w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, przykładowe obiektywne czynniki, które winien brać pod uwagę przy ocenie złożonych wyjaśnień i dostarczonych dowodów. Wyjaśnienia SKANSKA nie przedstawiają obiektywnych czynników określonych przykładowo w ustawie, ani innych czynników, które byłyby dostępne dla SKANSKA, a do których jednocześnie nie mieliby dostępu pozostali wykonawcy. Wszystkie ogólnikowe czynniki przedstawione w wyjaśnieniach SKANSKA są dostępne i stosowane także przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, a z całą pewnością są dostępne i wzięte pod uwagę przez Odwołującego przy kalkulowaniu ceny oferty. SKANSKA w wyjaśnieniach składa mnóstwo powielanych oświadczeń, gdyż większość z nich złożyła na formularzu ofertowym. Odwołujący podkreśla fakt prawny, że gdyby dla potwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska wystarczyły oświadczenia i twierdzenia wykonawcy, to ustawodawca nie wprowadziłby procedury określonej w art. 90 ustawy. W innych kwestiach przepisy dotyczące zamówień publicznych przewidują składanie oświadczeń przez wykonawców, ale w temacie podejrzenia występowania w ofercie rażąco niskiej ceny wymagane są dowody. SKANSKA pisze, że prowadzi politykę zakupową materiałów w postaci zawierania umów centralnych na dostawę materiałów przekraczających potrzeby jednego projektu. Na poparcie tego oświadczenia załączyła dowody w postaci 7 briefów umów z dostawcami, w którym w każdym z nich jest zapis - „Ceny ustalane dla każdego projektu indywidualnie na podstawie skróconego zapytania ofertowego”. SKANSKA złożyła zatem nieprawdziwe wyjaśnienia, bowiem na podstawie tych umów dokonuje zakupów materiałów na poszczególne projekty. SKANSKA pisze w wyjaśnieniach, że niektóre umowy pozwalają na uzyskanie rabatów gwarantowanych lub cen gwarantowanych na materiały budowlane. Faktycznie jedna umowa zawiera gwarancję rabatów i dwie umowy gwarancję cen, ale zwrócić należy uwagę, że terminy obowiązywania tych umów kończą się w dniu 31 grudnia

2010 r., a do tego dnia może nie być zawarta jeszcze umowa między Zamawiającym a wykonawcą o wykonawstwo przedmiotowego zamówienia publicznego. Wprawdzie SKANSKA pisze o woli stron do zawarcia umów na dalszy okres, ale jest to znowu wyłącznie twierdzenie niepoparte dowodami. SKANSKA pisze, że jako potentat także w branży sanitarnej, dokonuje wielkich zakupów materiałów u tych samych dostawców, co pozwala na uzyskiwanie niskich cen. Na dowód wskazuje w układzie tabelarycznym kwoty zakupów u dostawców, z którymi zawarła umowy centralne (briefy tych umów załączyła jako dowody). Zwrócić należy uwagę, że zakupy materiałów na potrzeby robót sanitarnych przez potentata, którym czyni się SKANSKA, na łączną kwotę 30,1 mln zł w przeciągu blisko 2 lat (01.01.2009r. - 08.11.2010r.) nie jest obrotem stanowiącym o potęgę SKANSKA w dziedzinie budowy kanalizacji sanitarnych. Twierdzenie SKANSKA o własnej potęgę w dziedzinie budowy kanalizacji sanitarnych jest przejaskrawione. Nadto, wskazać należy, że tabelaryczne zestawienie kwot zakupów jest także wyłącznie twierdzeniem SKANSKA niepopartym dowodami. SKANSKA pisze, że w centralnych umowach na dostawę materiałów jest więcej przekonywujących informacji niż w briefach, ale nie może ich Zamawiającemu przedstawić, bo stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie rzecz się ma z umową na dostawę paliw z rabatem. Ona także zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może być Zamawiającemu przedstawiona. Przepisy ustawy Pzp przewidują możliwość ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, ale nie przed Zamawiającym. To Zamawiający na wniosek wykonawcy ma obowiązek chronić informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższą kwestię reguluje art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przepisy nie przewidują możliwości przyjęcia przez Zamawiającego za pewnik informacji, z którymi się nie zapoznał, jedynie z tego powodu, że wykonawca oświadcza, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może na takiej podstawie oceniać wyjaśnień wykonawcy zmierzających do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny oferty. Ogólnikowe wyjaśnienia SKANSKA, szczególnie, że niepoparte dowodami przekonywującymi i adekwatnymi do czasokresu, w którym ma być realizowane zamówienie, niezawierające wskazania udowodnionych obiektywnych czynników dostępnych wyłącznie SKANSKA uzasadniających złożenie oferty z tak niską ceną, winny być uznane przez Zamawiającego za niezłożone. Zamawiający nie miał czego oceniać, bowiem głośne stwierdzenia SKANSKA nie mogły stanowić podstawy do uznania, że domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska, zostało obalone. Zamawiający uznając takie wyjaśnienia naruszył art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Wobec nieobalenia przez SKANSKA domniemania, oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Zamawiający nie uczynił tego, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Na uwagę zasługuje fakt, że na obecnym etapie postępowania nie ma prawnej możliwości naprawienia przez SKANSKA niewypełnienia wymogów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, np. poprzez złożenie innych wyjaśnień,

czy też uzupełnienia wyjaśnień o inne czynniki poparte dowodami. Uzupełnienie wyjaśnień nie jest możliwe po upływie terminu wskazanego w wezwaniu przez Zamawiającego, szczególnie nie jest to możliwe w trakcie toczącego się postępowania odwoławczego. Art. 90 ust. 1 stanowi, że wykonawca ma złożyć wyjaśnienia w określonym przez Zamawiającego terminie, a wyznaczony przez Zamawiającego termin dla SKANSKA już minął. Wezwanie do złożenia wyjaśnień i same wyjaśnienia są czynnościami jednorazowymi. Wyżej zaprezentowane przez Odwołującego argumenty znajdują uzasadnienie w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w podobnych lub tożsamyh stanach faktycznych, w szczególności w wyrokach: **KIO/UZP 1746/09** z dnia 28 stycznia 2010 r. - zgodnie z przywołanym przepisem art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p., przy ocenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki - jak już powyżej wskazano - dostępne dla tego konkretnego wykonawcy, którego cena ofertowa jest weryfikowana. Nie ma więc potrzeby w tym zakresie sięgania do innych ofert. Odwołujący bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Takich okoliczności w swoich wyjaśnieniach Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Tym samym - w ocenie składu orzekającego Izby - zgodnie art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. Odwołujący skutecznie nie obalił domniemania o rażąco niskiej cenie, postawionego przez Zamawiającego poprzez skierowanie do Odwołującego wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny ofertowej tego wykonawcy. Skład orzekający Izby oceniając podniesione zarzuty w proteście i odwołaniu nie może brać pod uwagę wyjaśnień Odwołującego udzielonych w piśmie z dnia 19 listopada 2009 r. Wyjaśnienia te zostały bowiem udzielone przez Odwołującego już po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, a nawet po złożeniu przez Odwołującego odwołania w niniejszej sprawie. Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się swego rodzaju rygoryzmem, a przyjęcie takiego dodatkowego stanowiska Odwołującego w sprawie, po upływie terminu wyznaczonego również w analogicznej sprawie dla innego wykonawcy w postępowaniu, stanowiłoby o naruszeniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji czy też **KIO/UZP 1126/09** z dnia 21 września 2009 r. - W wyznaczonym terminie wykonawca konsorcjum X udzieliło wyjaśnień wskazując, że cena ofertowa tego wykonawcy została ustalona na podstawie tego, że dla wykonawcy konsorcjum X pojawiły się wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, bowiem wykonawca konsorcjum X: 1) aktualnie realizuje wiele podobnych kontraktów na terenie Polski; 2) posiada dobrze zorganizowaną siatkę biur; 3) dysponuje szerokopasmową siecią teleinformatyczną; 4) wykorzystuje zaawansowane narzędzia informatyczne; 5) posiada odpowiednie zaplecze techniczno-organizacyjno-logistyczne; 6) dysponuje wykwalifikowaną i doświadczoną kadrą. Na

podstawie tak ogólnych wyjaśnień zamawiający uznał, że oferta wykonawcy konsorcjum X nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i oceniając oferty wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą. Na co zaprotestował i następnie odwołał się wykonawca S.

- Wykonawca konsorcjum X w wyjaśnieniach nie odniósł się do żadnych z wymienionych w art. 90 ust. 2. p.z.p. czynników, ani nie przedstawił z udokumentowaniem wystarczająco dokładnie żadnych innych czynników wpływających na wysokość zaoferowanej ceny.
- Wyjaśnienia te zatem w żaden sposób nie realizują obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 p.z.p. i nie wyjaśniają elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny choćby w odniesieniu do pozycji ujawnionych w formularzu cenowym.

Wykonawca konsorcjum X w wyjaśnieniach przedstawił jedynie ogólnikowe stwierdzenia nie poparte żadnymi dowodami i dlatego nie można ich uznawać za wystarczające.

- Jeśli zamawiający dokonał wezwania w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. - ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy, w tym przypadku na wykonawcy konsorcjum X.
- Art. 90 ust. 3 p.z.p. nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli w wyniku badania ofert zamawiający uzna, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w ogóle nie zostały złożone. W takim przypadku obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w związku z art. 90 ust. 3 p.z.p. Późniejsze, po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej, **KIO/UZP 1066/09** z dnia 31 sierpnia 2009 r. - Powołane okoliczności mają charakter ogólny, wskazujący ewentualnie na posiadanie doświadczenia wymaganego do realizacji zamówienia. Analizowane wg zasad doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania nie prowadzą do ustalenia rzetelności ceny oferty. Posiadanie wieloletniego doświadczenia, odpowiedniej organizacji może podnieść każdy przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w dłuższym odcinku czasu. Gołosłowne - nie poparte żadnym dowodem - są twierdzenia o rynkowym poziomie zaoferowanych cen. Podobnie z samego faktu wykonywania usług w innych rejonach i krótko w rejonie 3 oraz prowadzenia działalności handlowej w zakresie segregacji odpadów nie wynika wprost wpływ na cenę oferty, brak jest też podstaw do ustalenia możliwego poziomu dokonanej obniżki.
- Złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaoferowanej ceny jest zrównane w skutkach prawnych z niezłożeniem wyjaśnień w ogóle - prowadzi do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena zaproponowana

w ofercie nie jest rażąco niska. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 p.z.p. prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone. Zamawiający dokonał błędnej oceny pisma Y z dnia 22 czerwca 2009 r., gdyż winien odrzucić ofertę Y na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. z uwagi na podstawę wynikającą z art. 90 ust. 3 p.z.p. • Wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. ma charakter jednokrotny. Złożone wyjaśnienia nie mogą być uzupełnione poza wyznaczonym przez zamawiającego terminem. **KIO/UZP 1429/08** z dnia 23 grudnia 2008 r. - Zamawiający zwrócił się do C. o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, w celu ustalenia czy złożona oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. C. w piśmie z dnia 14 listopada 2008 r. oświadczył, iż "ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa firmy C. oraz firmy S. nie możemy ujawnić szczegółów wyceny oprogramowania wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia." Stwierdzenie to, słusznie jak wskazał Odwołujący, powinno stanowić podstawę do odrzucenia oferty C. Ponieważ takie zachowanie C. należy zakwalifikować jako odmowę złożenia wyjaśnień (art. 98 ust. 3 zd. 1). Bowiemy wykonawca nie może zasłaniać się tajemnicą przedsiębiorstwa w celu uniknięcia obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 3 ustawy, ponieważ informacje dotyczące ceny oferty powinny być przedstawione Zamawiającemu a co najwyżej utajnione na wniosek wykonawcy. W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający nie miał podstaw do uznania odpowiedzi C. za przedstawiające wyjaśnienia. Wbrew oświadczeniu Przystępującego na rozprawie, Zamawiający nie jest upoważniony do kontaktów z S., celem uzyskania informacji na temat przywilejów wynikających z platynowego partnerstwa. Z konstrukcji przepisu art. 90 ust. 3 wynika, że to wykonawca przedkłada dowody potwierdzające, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Czynności przewidziane w art. 90 ustawy są czynnościami obligatoryjnymi. Zamawiający skoro miał podejrzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę, nie może po wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a następnie wobec udzielenia ogólnikowych wyjaśnień to jest na zasadzie twierdzeń, a nie dowodów nie odrzucić oferty wezwanego do wyjaśnień wykonawcy. Bowiemy wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień jak również dowodów, które mają wykazać, że cena nie jest rażąco niska. • Natomiast uzyskane w dniu 14.11.2008 r. wyjaśnienia mają charakter twierdzeń bez dostarczenia dowodów. Przy czym Przystępujący nie ma skutecznego prawa zasłaniać się tajemnicą handlową nie przedstawiając dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Bowiemy wykonawcy przysługuje prawo do zastrzeżenia tajemnicy, którą w takim przypadku Zamawiający jest związany, a w żadnym wypadku nie przysługuje odmowa udzielenia wyjaśnień z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwracał również uwagę na fakt, że Zamawiający naruszył także przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która w rzeczywistości, jako podlegająca odrzuceniu, nie jest najkorzystniejsza, zaniechał zaś wyboru oferty Odwołującego, która, jako zawierająca najniższą cenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jest najkorzystniejsza. W świetle powyższego, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego wnioskiem.

W dniu 7 grudnia 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożone przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9,01-518 Warszawa**, złożone na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgłaszający przystąpienie wskazywał, że kopia odwołania została Przystępującemu doręczona w dniu 4 grudnia 2010 roku, a zatem niniejsze przystąpienie do postępowania odwoławczego zostało wniesione w terminie z jednoczesnym przekazaniem jego kopii Zamawiającemu i Odwołującemu.

W postępowaniu odwoławczym SKANSKA SA zgłosiła przystąpienie po stronie Zamawiającego i wносиła o oddalenie odwołania Konsorcjum firm: IDS-BUD Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HYDROMEL Sp. z o.o. w całości.

SKANSKA SA posiada interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego gdyż jako oferent posiadający najlepszą cenę, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, jej interes prawny może doznać uszczerbku w razie uwzględnienia odwołania, zmierzającego do odrzucenia oferty Przystępującego.

W uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia wskazywano, iż powyższe zarzuty i żądania Konsorcjum są bezzasadne z racji następujących:

1) SKANSKA SA na wezwanie Zamawiającego z dnia 04.11.2010 r. udzieliła wyczerpujących wyjaśnień pismem z dnia 09.11.2010 r. Ponieważ powyższe wezwanie nie zawierało wskazania konkretnych elementów oferty, co do których Zamawiający miał powziąć wątpliwości, a jedynie odwołanie się do arytmetycznej kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, odpowiedź SKANSKA SA odniosła się do tych elementów oferty, które miały wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie zaoferowała dowody na poparcie swych twierdzeń. W świetle przedmiotowych wyjaśnień i dowodów nie sposób uznać oferty SKANSKA SA za zawierającą rażąco niską cenę. Przy tym jak wiadomo w doktrynie wskazuje się, że pojęcie "dowodu" z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko, może to być każdy dokument, który w sposób obiektywny i wiarygodny udowadnia,

że wykonawca mógł podać w ofercie daną cenę, może to być nawet oświadczenie samego wykonawcy.

W przypadku, gdy niska cena ma źródło w powszechnych praktykach rynkowych wystarczy powołanie się przez wykonawcę na taki fakt notoryjny (por. D. Rogoń „Komentarz do przepisów Prawa zamówień publicznych, zmienionych ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.06.79.551), LEX/el. 2006, komentarz do art. 90).

2) Twierdzenia Odwołującego należy uznać za całkowicie gołosłowne i nie zawierające żadnych dowodów, iż cena zaoferowana przez Przystępującego miałaby być rażąco niska, a jak wiadomo to na nim spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie (art.6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp).

Przy tym z uwagi na brak ustawowej definicji ceny rażąco niskiej, definicja taka została wypracowana przez doktrynę i orzecznictwo, a zgodnie z ustalonym przez nie poglądem *cena rażąco niska to cena nierealna, nie pozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku (por. wyrok KIO z dn. 23.12.2008 r., sygn. KIO/UZP 1443 /08). Ceną rażąco niską jest cena niewiarygodna i oderwana całkowicie od realiów rynkowych. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiście jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcą nie byłoby dla niego opłacalne (por. wyrok KIO z dn. 18.06.2009 r. KIO/UZP 717/09).*

W niniejszej sprawie sytuacja taka nie zachodzi, gdyż cena oferty SKANSKA SA jest ceną rynkową, porównywalną - a nawet niższą - od cen, po których z pełnym sukcesem Przystępujący zrealizował inne podobne roboty budowlane. Zgodnie z załączonymi do oferty referencjami wykonano we wrześniu 2008 (a więc przed powszechnym spadkiem cen - fakt powszechnie znany - art. 190 ust. 5 ustawy Pzp) roboty budowlane polegające na budowie sieci kanalizacyjnej i deszczowej - Zadanie II w Tarnobrzegu za cenę 350 zł netto/mb kanalizacji (k. 77-83 oferty SKANSKA SA), a w październiku 2010 r. roboty budowlane polegające na budowie kanalizacji sanitarnej i wymianie sieci wodociągowej dla wsi Klucz, Olszowa wraz z osiedlem mieszkaniowym Księży Las i SAG Olszowa za cenę 384,70 zł netto/mb kanalizacji (k. 86-87 oferty SKANSKA SA), które to ceny są niższe niż zaoferowana w niniejszym przetargu cena, to jest 436,53 zł netto/mb kanalizacji. W tym stanie rzeczy odwołanie Konsorcjum jako całkowicie bezzasadne powinno ulec oddaleniu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności i zaniechań Zamawiającego, oznaczałoby dla Odwołującego możliwość ubiegania się o zamówienie. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający w rozdziale 12 *Opis sposobu obliczenia ceny*, wskazał, że cenę ryczałtową oferty należało ustalić w oparciu o kalkulację własną wykonawcy wykonaną na podstawie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, dokumentacji projektowej oraz SIWZ. Obowiązkiem wykonawcy było sporządzenie kalkulacji własnej w wartości netto, bez podatku VAT, która stanowić miała wycenę kompletu robót przewidzianych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i dokumentacji projektowej. Do tak wyliczonej ceny netto doliczyć należało podatek VAT według stawek obowiązujących na dzień składania oferty. Wartość ta miała stanowić wynagrodzenie ryczałtowe brutto.

Cena ofertowa winna obejmować wszystkie roboty i prace konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, wynikające wprost z dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych, przy czym dokumenty te należało traktować łącznie. Ceną ofertową należało

objąć również koszty organizacji, oznakowania, zagospodarowania zaplecza budowy oraz inne nakłady nie stanowiące wartości robót budowlanych, a niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Przedmiary robót dołączone do SIWZ stanowiły materiał pomocniczy przy wycenie robót przez wykonawcę.

W postępowaniu złożono oferty o następujących cenach:

- 1) Energopol-Południe S.A. - cena oferty 21 990 352,75 zł
- 2) Konsorcjum: WUPRINŻ S.A., Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej INSAN s.c. K. Chryplewicz, B. Sowiecka, Z. Chryplewicz – cena oferty 22 223 271,89 zł
- 3) SKANSKA S.A. – cena oferty 17 042 109,87 zł
- 4) Konsorcjum Bartimpex S.A., Energopol Trade Opole Sp. z o.o. – cena oferty 22 054 887,94 zł
- 5) Konsorcjum: IDS-BUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HYDROMEL Sp. z o.o. – cen oferty 21 163 355,09 zł
- 6) Konsorcjum KWG S.A., Hydrobudowa Polska S.A. – cena oferty 22 800 956,50 zł
- 7) Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych I Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Konstrukcyjno-Budowlane „INKOBUD” Włodzimierz Kowalczyk – cen oferty 26 352 000,00 zł
- 8) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. – cen oferty 23 1616 733,68 zł
- 9) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe SYNKRET Sp. z o.o. – cena oferty 18 972 482,95 zł
- 10) Konsorcjum: P.R.I „POL-AQUA” S.A., Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe „SKO-BUD” – cena oferty 25 145 025,31 zł.

Z zapisów dokumentacji z postępowania wynika, iż kwota przeznaczona na realizację tego zadania ustalona w korelacji z szacunkową wartością zamówienia wynosiła 32.925.709,26 zł brutto.

W związku ze złożonymi ofertami, w dniu 4 listopada 2010 roku Zamawiający wystąpił do wykonawców Skanska S.A. oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego SYNKRET Sp. z o.o. w trybie art. 90 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z przedstawieniem dowodów. Zamawiający w zapytaniu wskazał, iż zaproponowana cena w ofertach wzywanych wykonawców stanowi określony procent kwoty jaką przeznaczył on na sfinansowanie zamówienia i w świetle powyższego zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego SYNKRET Sp. z o.o. w złożonych w dniu 10 listopada 2010 roku wyjaśnieniach oświadczyło, iż dokonało powtórnej analizy złożonej oferty i stwierdziło, iż zaproponowana przez nie cena nie uwzględnia wszystkich robót i prac koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia,

a zatem może być uznana za zbyt niską. W wyniku tak złożonych wyjaśnień, oferta tego wykonawcy została w postępowaniu odrzucona.

Wykonawca Skanska S.A. w dniu 9 listopada 2010 roku przedłożyło stosowne wyjaśnienia, dotyczące elementów oferty oraz podstaw obliczenia ceny oferty, wraz z dowodami na poparcie przedstawionego stanowiska.

Zamawiający po weryfikacji złożonych wyjaśnień, w dniu 22 listopada 2010 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z przewidzianym kryterium oceny ofert, wybierając ofertę wykonawcy Skanska S.A. Na powyższe działania Zamawiającego odwołanie wniósł Odwołujący się – konsorcjum IDS-BUD oraz HYDROMEL.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na początku rozważań zauważyć należy, iż ani polskie ustawodawstwo ani też dyrektywny unijne nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od Wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09). Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str 01839). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania

techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 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.

Jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (za wyrokiem SO w Katowicach z 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07).

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, Odwołujący konsorcjum IDS-BUD, uzasadniając przedmiotowy zarzut, wskazywał, iż w jego opinii wykonawca Skanska S.A. nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny, którego powstaniem skutkowało wszczęcie przez Zamawiającego procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę Skanska S.A. Odwołujący konsorcjum IDS-BUD postrzegali jako gołosłowne, nie odwołujące się do obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby zaoferowanie tak niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego powyższe pozwala na przyjęcie, iż wyjaśnienia nie zostały złożone, a oferta podlega odrzuceniu w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Równocześnie Odwołujący nie wskazał na inne powody, które wskazują na potwierdzenie, że zaoferowana przez wykonawcę Skanska S.A. cena rzeczywiście jest rażąco niska (tj. nie jest ceną rynkową). Dopiero wyjaśnienia mogą stanowić podstawę decyzji Zamawiającego o uznaniu lub nie złożenia oferty z rażąco niską ceną. Sama znacząca różnica ceny oferty w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia oraz średniej ceny pozostałych ofert może jedynie uzasadniać wszczęcie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie może zaś przesądzać wyników tej oceny. Należy zauważyć, że w sytuacji wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy ceny, to na wykonawcy, którego cena oferty podlega wyjaśnianiu, spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez Zamawiającego ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na odwołującym. W przedmiotowej sprawie Zamawiający pismem z dnia 4 listopada 2010 r. wezwał wykonawcę Skanska S.A. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia takie zostały przez wezwanego wykonawcę przedstawione.

Podstawą uznania oferty wykonawcy Skanska S.A. za najkorzystniejszą i niezawierającą rażąco niskiej ceny były wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego. W dokumencie tym wykonawca szeroko i szczegółowo wyjaśnił skąd wynika zaproponowana cena i jakie czynniki miały wpływ na jej wysokość. Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami na cenę miały wpływ: filozofia budowania ceny oparta na

założeniach dotyczących wydajności pracy poszczególnych brygad roboczych, która przekłada się na koszty sprzętu. Brygady robocze o dużej wydajności pracy pozwoliły na obniżenie ceny za 1 mb budowy kanalizacji. Wykonawca wziął także pod uwagę różne aspekty głębokości ułożenia rurociągów, warunki gruntowo-wodne, obszar, na którym wykonywana będzie sieć, gęstość zaludnienia na danym obszarze, średnicę rurociągów, rodzaj kanalizacji. Wskazał także, że w swoich obliczeniach nie opierał się na podstawach wyceny podanych w KNR-ach ale budował cenę według własnej kalkulacji, metodą inżynierską w oparciu o wiedzę techniczną, doświadczenie, dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną. Ponadto wskazał i powołał się na stosowaną u niego politykę zakupową, która polega na zawieraniu umów centralnych na dostawę materiałów na potrzeby więcej niż jednego projektu, co natomiast pozwala mu na uzyskanie korzystniejszych cen od przeciętnych cen na rynku. Na dowód powyższych twierdzeń wykonawca Skanska S.A. załączył briefy umów, z których wynikały ceny i rabaty gwarantowane przez dostawców oraz że istnieje możliwość uzyskania w toku negocjacji cen jeszcze korzystniejszych. Powołał się na posiadanie własnego sprzętu, laboratorium gruntowo-betonowego oraz kamery do inspekcji TV rurociągów.

Izba nie może dać wiary twierdzeniom Odwołującego się, że złożone wyjaśnienia nie są na tyle obiektywne aby można było uznać ich prawidłowość. Odwołujący na rozprawie podnosił, iż tak złożone wyjaśnienia mogą dotyczyć każdego wykonawcy, w jego ocenie zaś z wyjaśnień powinny wynikać konkretne dowody wykonanej kalkulacji dotyczące konkretnego wykonawcy. Ponadto Odwołujący podnosił, że niektóre z załączonych do wyjaśnień briefy umów obowiązują tylko do 31.12.2010. Nie przedstawiono jednak żadnego kontrdowodu, który poddawałby w wątpliwość złożone wyjaśnienia. Warto zauważyć, iż złożony dokument jest dokumentem obszernie wyjaśniającym poczynioną kalkulację, z szeregiem załączonym dowodów na poparcie takich, a nie innych składników cenotwórczych. W przypadku kwestionowanych umów, Izba dała wiarę twierdzeniom znajdującym się w wyjaśnieniach, iż czas obowiązywania powyższych umów zostanie przedłużony do końca 2012.

Złożone przez wykonawcę Skanska S.A. wyjaśnienia w ocenie Zamawiającego, jak też w ocenie składu orzekającego, spełniają wszystkie niezbędne przesłanki do uznania ich za właściwe. Pokazują obiektywne czynniki, w tym: oszczędność metody wykonania, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu. Nie zachodziły żadne okoliczności, które nie pozwoliłyby przyjąć klarowności i spójności wyjaśnień za właściwą. W ocenie Izby uprawnionym działaniem Zamawiającego było przyjęcie wyjaśnień i uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą.

Dlatego też zarzut podniesiony w odwołaniu, a odnoszący się do naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie niezasadny.

Zamawiający powziął wątpliwości co do wysokości zaproponowanego wynagrodzenia, wezwał do wyjaśnień, takowe otrzymał i miał prawo uznać je za właściwe.

Zamawiający dokonał analizy tych wyjaśnień oraz złożonych dowodów i uznał, że dokonana ocena nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co warunkuje jej odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby należy uznać, iż wykonawca Skanska S.A. zastosował się do wezwania Zamawiającego i złożył wyjaśnienia zgodnie z jego wymaganiami, wyjaśnienia te zaś odnoszą się do elementów cenotwórczych (przede wszystkim koszty materiałów). Powyższe przyznał także w toku rozprawy Zamawiający, który oświadczył, że decydujące dla niego znaczenie miały ceny rur i kształtek umieszczone w ofercie, których zastosowanie wyjaśnił wykonawca Skanska S.A. wraz ze złożeniem wyjaśnień. Nie można zatem uznać, jak chce tego Odwołujący konsorcjum IDS-BUD, że wyjaśnień tych nie było. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje konieczność odrzucenia oferty, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień albo gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem nie można uznać, iż wyjaśnienia nie zostały złożone i odrzucić na tej podstawie oferty, Odwołujący winien wykazać, dlaczego Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień, w tym przedstawić dowody uzasadniające twierdzenie, że nie jest możliwym wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie wykonawcy Skanska S.A. Izba zwraca uwagę na okoliczność, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony postępowania są zobowiązane w pierwszej kolejności wykazywać dowody na potwierdzenie stawianych zarzutów (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10). Izba wskazuje, że w jej ocenie do przeprowadzenia takiego dowodu nie jest konieczna wiedza specjalna, a Odwołujący jako profesjonalista w dziedzinie robót budowlanych z zakresu branży sanitarnej był w stanie wykazać, z jakich względów cenę oferty wykonawcy Skanska S.A. należy uznać za rażąco niską, czyli nierynkową i w jakim zakresie przedstawione wyjaśnienia uznać należało za niewystarczające.

Na marginesie Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego na rozprawie przez Odwołującego, że składanie i przedstawianie nowych argumentów na rozprawie przed KIO jest spóźnione i dokumenty przedłożone przez Przystępującego nie mogłyby być wzięte pod uwagę jako nowy materiał dowodowy. Termin na złożenie wyjaśnień oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na

konkretnym etapie postępowania i umożliwić mu ocenę oferty pod względem zadecydowania o odrzuceniu oferty z rażąco niską ceną. Z tego względu nie jest momentem właściwym przedkładanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego.

Nie potwierdziły się zatem zarzuty naruszenia wskazywanych w uzasadnieniu odwołania przepisów ustawy Pzp. Nie można zarzucić Zamawiającemu, że prowadził postępowanie bez poszanowania zasad uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Z powyższych względów, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....