

Sygn. akt: KIO 1279/11

## WYROK

z dnia 30 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **Jana Olszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „HYDROMONT” inż. Jan Olszewski, 45-701 Opole, ul. Wrocławska 62** w postępowaniu prowadzonym przez **Wodociągi i Kanalizacja w Opolu Sp. z o.o., 45-222 Opole, ul. Oleska 64,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Modernizacji Urządzeń Energetycznych REMAK S.A., 45-955 Opole, ul. Zielonogórska 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Modernizacji Urządzeń Energetycznych REMAK S.A., 45-955 Opole, ul. Zielonogórska 3,**

**2.kosztami postępowania obciąża Wodociągi i Kanalizacja w Opolu Sp. z o.o., 45-222 Opole, ul. Oleska 64 i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Jana Olszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „HYDROMONT” inż. Jan Olszewski, 45-701 Opole, ul. Wrocławska 62 tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od **Wodociągi i Kanalizacja w Opolu Sp. z o.o., 45-222 Opole, ul. Oleska 64** na rzecz wykonawcy **Jana Olszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „HYDROMONT” inż. Jan Olszewski, 45-701 Opole, ul. Wrocławska 62** kwotę **20 814 zł 50 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy osiemset czternaście złotych pięćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów noclegu oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Opolu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Wodociągi i Kanalizacja w Opolu Spółka z o.o., zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Kontrakt 5 – Modernizacja sieci wod-kan na terenie osiedla Metalchem w Opolu, w ramach Projektu „Trias Opolski – ochrona zbiornika wód podziemnych dla aglomeracji Opole, Prószków, Tarnów Opolski”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 grudnia 2010 r., nr 2010/S 243-371384.

W dniu 8 czerwca 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Jana Olszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe „HYDROMONT” inż. Jan Olszewski” z siedzibą w Opolu, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Modernizacji Urządzeń Energetycznych „REMAK” S.A. z siedzibą w Opolu, zwanego dalej „wykonawcą REMAK”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 16 czerwca 2011 r. (pismem z dnia 14 czerwca 2011 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 15 czerwca 2011 r.) od działania i zaniechania Zamawiającego polegającego na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy REMAK,
2. nie odrzuceniu oferty wykonawcy REMAK i nie wykluczeniu tego wykonawcy,
3. nie dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
4. nie udostępnieniu Odwołującemu planu finansowego Zamawiającego, od którego zależy możliwość zwiększenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy REMAK,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem nieodrzućenie oferty wykonawcy REMAK,

3. art. 7 ustawy Pzp poprzez nieprzedstawienie Odwołującemu wyjaśnień wykonawcy REMAK oraz poprzez uznanie wyjaśnień wykonawcy REMAK za wystarczające i dokonanie bezpodstawnych wyliczeń przez Zamawiającego w obronie wykonawcy REMAK, zamiast oczekiwać takowych od wykonawcy REMAK.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. ponowne dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenie oferty wykonawcy REMAK i wykluczenie tego wykonawcy,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,
5. udostępnienie Odwołującemu planu finansowego zamawiającego, od której to zależy zwiększenie kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Ponadto Odwołujący wniósł o powołanie i przeprowadzenie dowodu:

1. z akt przedmiotowego postępowania, w tym z kosztorysu inwestorskiego, ogłoszenia, SIWZ oraz ofert wykonawców na okoliczność wykazania różnic oferowanych cen rażąco dysproporcji i rażąco niskiej ceny wykonawcy REMAK i zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenie Izbie w całości akt postępowania,
2. z oferty Odwołującego na okoliczność, iż oferta tego wykonawcy przedstawia wiarygodne i możliwe do zaoferowania ceny na rynku usług,
3. z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność wykazania, iż oferta wykonawcy REMAK zawiera rażąco niską cenę,
4. dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w treści odwołania,
5. z przesłuchania stron.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający wystąpił do wykonawcy REMAK, działając w trybie art. 90 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wykonawca REMAK żadnych wyjaśnień nie udzielił, ograniczając się jedynie do przesłania kilkuzadaniowego pisma, zawierającego oświadczenie, iż cenę z oferty podtrzymuje i dodatkowo podnosząc, iż jego oferta jest tylko

20% niższa od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący dodatkowo wskazał, iż wykonawca REMAK nie podał żadnych konkretnych informacji o podstawach wyliczenia oferowanej ceny, mimo iż jego obowiązkiem było złożenie wyczerpujących wyjaśnień, a Zamawiającego ich należyta ocena. Rolą Zamawiającego nie było, co w sposób nieuprawniony uczynił, zastępowanie wykonawcy REMAK, i dokonywanie wyliczeń celem wytłumaczenia, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. A ponadto Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie udostępnił mu planu finansowego, lub też innego dokumentu, z którego wynika, jaką kwotą dysponuje Zamawiający na realizację zamówienia.

Pismem z dnia 16 czerwca 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca REMAK otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 20 czerwca 2011 r. wykonawca REMAK przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 27 czerwca 2011 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniósł lub może ponieść szkodę, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz

jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jak wynika z brzmienia powyższego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Artykuł ten (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia Odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę, przy czym szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to więc, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Izba ustaliła, iż na obecnym etapie przedmiotowego postępowania pozostały 3 oferty. Oferta Odwołującego, co strony zgodnie przyznały na rozprawie, jest druga w rankingu ofert, przy jedynym kryterium jakim była cena. Odwołujący więc, kwestionując ofertę wykonawcy REMAK, która została uznana za najkorzystniejszą, w przypadku odrzucenia oferty tego wykonawcy, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę REMAK i powtórzenie oceny ofert wpłynie bowiem na zmianę wyniku postępowania.

W ocenie Izby, Odwołujący – wbrew twierdzeniom Zamawiającego - wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu w wyniku dokonanej czynności wyboru oferty wykonawcy REMAK jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazywał bowiem, iż szkodę w jego przypadku stanowić będzie utrata zysku na skutek nieuzyskania zamówienia, gdyż oferta Odwołującego, zgodnie z kryteriami oceny ofert, winna być uznana za najkorzystniejszą. W tych okolicznościach wykazywana przez Odwołującego szkoda jest normalnym następstwem naruszenia przepisów ustawy Pzp przez nieuprawniony wybór oferty wykonawcy REMAK.

Tak więc Izba, stosownie do brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uznała, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut nieodrzucenia oferty wykonawcy REMAK, mimo zaistnienia podstaw do jej odrzucenia, potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość szacunkową zamówienia – jak wynika z protokołu postępowania (DRUK ZP-1) – oszacowano na kwotę 16.920.730,79 zł netto, na którą składa się kwota kosztorysów inwestorskich w wysokości 15.382.482,54 zł netto oraz kwota rezerwy na zamówienia uzupełniające w wysokości 1.538.248,25 zł netto. Powyższego, a więc ustalenia wartości zamówienia, dokonano w dniu „19.10.2010 r.” na podstawie kosztorysów inwestorskich sporządzonych w grudniu 2008 r.

Zamawiający, podczas otwarcia ofert w dniu 24 stycznia 2011 r., podał kwotę 10.080.000,00 zł netto (12.398.400,00 zł brutto) jako kwotę, którą przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca REMAK w złożonej ofercie zaoferował realizację całości przedmiotu zamówienia za cenę w wysokości 9.802.983,15 zł brutto (cena netto - 7.969.905,00 zł netto) (str. 5 oferty).

Pismem z dnia 31 marca 2011 r. Zamawiający celem ustalenia czy cena oferty wykonawcy REMAK zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym o wyjaśnienie ceny przebudowy sieci wodociągowej.

Wykonawca REMAK, pismem z dnia 14 kwietnia 2011 r., oświadczył, iż podtrzymuje cenę złożonej oferty na wykonanie robót sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie osiedla Metalchem, podkreślając, iż „zaproponowana cena zawiera wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia zgodnie ze specyfikacją SIWZ oraz dokumentację projektową”, jak również iż stosunek różnicy pomiędzy budżetem planowanym (12.398.400,00 zł) a ofertą z najniższą ceną czyli jego (9.802.983,15 zł) stanowi 20,94%. Dodał także, że podtrzymuje zaoferowaną cenę, stwierdzając iż materiały podstawowe do wykonania robót stanowią 50% ceny oferty.

Zamawiający uznał, jak wynika z treści „Protokołu nr 8 Komisji Przetargowej” z dnia 8 czerwca 2011 r., iż zaoferowana przez wykonawcę REMAK cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana cena jest realistyczna, gdyż wskazują na to zweryfikowane przez Zamawiającego ceny materiałów stanowiące 60% wartości zadania.

Zamawiający dokonał przeszacowania kosztorysu inwestorskiego, ustalając „wartość kosztorysową robót (sieć kanalizacji sanitarnej i sieć wodociągowa, bez remontu pompowni i kosztów wycinki)” na kwotę 9.928.301,00 zł („Analiza kosztowa robót budowlanych” z dnia „20.04.2011”).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie i piśmiennictwie ukształtowała się jednak praktyka wskazująca na to, że cena w znacznym stopniu odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia może być

uznana za cenę rażąco niską. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający powziął wątpliwość co do tego, czy cena zaoferowana przez wykonawcę REMAK nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wartość przedmiotowego zamówienia wraz zamówieniem uzupełniającym oszacował bowiem na kwotę 15.382.482,54 zł netto (druk ZP-1), którą to kwotę skorygował w dniu 20 kwietnia 2011 r. („Analiza kosztowa robót budowlanych” z dnia „20.04.2011”), otrzymując wartość 9.928.301,00 zł.

Natomiast wykonawca REMAK za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował kwotę netto w wysokości 7.969.905,00 zł oraz kwotę brutto w wysokości 9.802.983,15 zł i cena ta znacznie odbiega od pierwotnie oszacowanej kwoty zamówienia, a także od wartości zamówienia, którą otrzymano w wyniku przeszacowania kosztorysu inwestorskiego, przy czym różnica ta nie jest już tak znacząca.

Zamawiający, co jest bezsporne, powziął wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę REMAK z uwagi na to, iż – jak podniósł na rozprawie - cena ta znacznie odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Poza wykonawcą REMAK tylko jeszcze jeden z wykonawców (wykonawca INKOBUD) zaoferował cenę zbliżoną do ceny kwestionowanej oferty. Niemniej jednak cena odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet 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. Tak więc wykonawca REMAK wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien był wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem wykonawca REMAK udzielił tak ogólnikowych wyjaśnień, iż mogłyby one dotyczyć niemal każdego dowolnie wybranego postępowania. Wskazuje on bowiem, iż „zaproponowana cena zawiera wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia zgodnie ze specyfikacją SIWZ oraz dokumentację projektową”, stwierdzając także, iż podtrzymuje zaoferowaną cenę i dalej, że materiały podstawowe do wykonania robót stanowią 50% ceny oferty. Wykonawca ten nie wskazał natomiast żadnych szczegółów, ani też obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny. Również na rozprawie jego wyjaśnienia były gołosłowne, ogólnikowe i nie poparte żadnymi dowodami. Wykonawca REMAK, co prawda, złożył wyjaśnienia. Niemniej jednak Zamawiający był obowiązany dokonać ich oceny, a przede wszystkim obowiązany był ustalić, czy mają one charakter czynników obiektywnych, są spójne i dostatecznie wyjaśniają powstałe wątpliwości. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią bowiem podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, jakich niewątpliwie wykonawca REMAK użył w niniejszym stanie faktycznym, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia



12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05) ponieważ to właśnie na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień. W niniejszym stanie faktycznym ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę REMAK nie prowadzi do uznania, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo, iż ceny istotnie na rynku tego rodzaju robót faktycznie uległy znaczącej zmianie. W sytuacji, gdy po otwarciu ofert, ale dopiero po zwróceniu się do wykonawcy o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny i otrzymaniu wyjaśnień (wyjaśnienia z dnia 14 kwietnia 2011 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 15 kwietnia 2011 r.), dokonano przeszacowania wartości zamówienia z uwagi na to, iż dwie złożone oferty w sposób drastyczny odbiegały od oszacowanej wcześniej wartości zamówienia szczególnie wnikliwie należy się odnieść do zaoferowanych przez wykonawców cen, a wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody na brak zaistnienia okoliczności jej wystąpienia. Takich okoliczności wykonawca REMAK w udzielonych wyjaśnieniach niewątpliwie nie przedstawił. Wykonawca ten również na rozprawie nie przedstawił dowodów potwierdzających tę okoliczność. Istotnie wskazał, iż wartość głównych materiałów, które będą użyte do realizacji zamówienia wraz z innymi materiałami, które mogą wystąpić przy realizacji tego zamówienia wynosi około 4 000 000,00 złotych, a co jest wynikiem uzyskanych bonifikat i upustów w wysokości 20-30%. Nie przedstawił jednak żadnych dowodów potwierdzających tę okoliczność. Nie przedłożył nawet powołanej przykładowo oferty firmy „Prefabet Kluczbork”, która miała mu zaoferować dostawę materiałów za cenę niższą i z upustem niższym niż Odwołującemu (oferta firmy „Prefabet Kluczbork” skierowana do Odwołującego została załączona do odwołania). Nie wykazał także, że narzuty i koszty transportu (od 1% do 2%) zostały ujęte w cenie materiału. Co znamienne zarówno Zamawiający, jak i wykonawca REMAK odmiennie tłumaczyli „oszczędnościową metodę wykonania robót”, która miała być podstawą m.in. uznania, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska. „Oszczędnościową metodę wykonania robót” - zdaniem wykonawcy REMAK - jest dokonanie 12 odwiertów kontrolnych, które pozwoliły mu na zbadanie gruntu pod kątem wykonania konkretnych robót i wyeliminowanie następnie części wymaganych przez Zamawiającego prac, a tym samym obniżenie ceny oferty. Natomiast zdaniem Zamawiającego „oszczędnościową metodę wykonania robót” należy utożsamiać „z wartością materiałów”. Na marginesie stwierdzić jedynie należy, iż badanie gruntu w konsekwencji także Odwołującemu, co sam Odwołujący przyznał na rozprawie, również pozwoliło na obniżenie oferowanej ceny. Okoliczność ta nie stanowiła więc podstawy w przypadku tego jednego wykonawcy do tak znacznego obniżenia ceny. A ponadto wykonawca REMAK, kwestionując także szczegółowe zestawienie kosztów robót objętych przedmiotowym zamówieniem, a przedłożone przez Odwołującego, nie przedstawił jednak żadnych dowodów potwierdzających tę okoliczność.

Zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy (w oparciu o art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowe sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający może więc uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z powodów o obiektywnym charakterze, a za takie uznać należy czynniki wskazane w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a których to wykonawca REMAK niewątpliwie nie wskazał. Mogą to być i inne czynniki o ile zostały one wskazane przez wezwanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę, a które wpłynęły na wysokość ceny w złożonej przez niego ofercie. Takich czynników wykonawca REMAK niewątpliwie nie przedstawił. To Zamawiający próbował dokonać szczegółowej analizy oferty wykonawcy REMAK, przeliczając koszty jej poszczególnych elementów, w tym spornego mikrotuneliny, nie posiadając poza ogólnikowym stwierdzeniem tego wykonawcy, iż materiały podstawowe stanowią 50% ceny oferty, żadnych bliższych wyjaśnień w tym względzie. Istotnie Zamawiający przedstawił oferty cenowe niektórych materiałów, które będą użyte do realizacji zamówienia, jednakże kosztów zaopatrzenia i upustów także niczym nie uzasadniając. Równie dowolnie, przyjmując koszty mikrotuneliny, gdyż takich informacji wykonawca REMAK także w swych wyjaśnieniach nie zawarł.

W oparciu o powyższe należy więc stwierdzić, iż wykonawca REMAK mimo, wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób jednoznaczny nie wskazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, gdyż to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody na brak zaistnienia okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny. A ponieważ składa je podmiot zainteresowany w sprawie to same i do tego ogólnikowe wyjaśnienia nie mogą być obiektywne. Dlatego też oferta tego wykonawcy - zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy (...) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia” - powinna zostać odrzucona.

**Zarzut nieuprawnionego nie przedstawienia Odwołującemu wyjaśnień wykonawcy REMAK udzielonych w zakresie rażąco niskiej ceny nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Odwołujący dwukrotnie zwracał się do Zamawiającego o przedstawienie wyjaśnień wykonawcy REMAK złożonych na okoliczność rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 20 maja 2011 r. i pismo z dnia 9 czerwca 2011 r.).

Zamawiający, pismem z dnia 20 maja 2011 r., poinformował Odwołującego, iż zgodnie z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp żądany dokument zostanie udostępniony Odwołującemu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z treścią art. 96 ust. 2 ustawy Pzp informacje składane przez wykonawców stanowią załączniki do protokołu, a te – zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp – udostępnia się wykonawcom po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Niewątpliwym jest, iż „informacjami” w rozumieniu powyższego przepisu są wyjaśnienia składane przez wykonawcę w toku postępowania. A ponieważ wszelkie załączniki do protokołu inne niż oferty wnioski Zamawiający ma obowiązek udostępnić wykonawcom dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie naruszył przepisów postępowania, odmawiając Odwołującemu udostępnienia żądanego dokumentu, tj. wyjaśnień wykonawcy REMAK składanych w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut dotyczący nieuprawnionej odmowy udostępnienia Odwołującemu planu finansowego Zamawiającego nie potwierdził się.**

Zarzut ten, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, został sformułowany w kontekście naruszenia art. 7 ustawy Pzp. Zarzut ten w treści odwołania (str. 7) niewątpliwie został podniesiony.

Izba ustaliła, iż Odwołujący, pismem z dnia 10 czerwca 2011 r. zwrócił się do Zamawiającego o przedstawienie mu planu finansowego, z którego wynika jaką kwotą Zamawiający dysponuje na realizację przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający wskazał, iż żądany dokument nie znajduje się w kręgu dokumentów jawnych, do których posiadają dostęp wykonawcy. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia została ogłoszona bezpośrednio przed otwarciem ofert i wynosi 12.398.400,00 zł brutto.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż Zamawiający, bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta wynika z możliwości finansowych Zamawiającego, określonych w jego planie finansowym lub innym dokumencie pełniącym te funkcje, uwzględniającym możliwości korekt. Niemniej jednak – jak podniósł Zamawiający – nie dysponuje on samodzielnym dokumentem określanym jako „plan finansowy”. Jest to zespół pewnych dokumentów, który nie mógł być udostępniony Odwołującemu, gdyż przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem jest jednym z zadań objętych kontraktem (pozycja 5 Załącznika nr 3) współfinansowanym ze środków NFOŚiGW i jego udostępnienie pozwoliłoby wykonawcy zapoznać się z wielkością środków przeznaczonych na realizację innych zadań, na które postępowania będą prowadzone. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, iż w ramach przedmiotowego kontraktu nie jest możliwe przenoszenie środków finansowych z jednego zadania (dla którego uzyskano kwotę

niższą niż zaplanowana) na drugie (dla którego uzyskano kwotę wyższą), jednocześnie przedkładając wyciąg z „umowy o dofinansowanie projektu z dnia 2010-09-23”, tj. załącznik nr 3 – Harmonogram Realizacji Projektu.

Dokument ten – jak wynika z akt postępowania - nie stanowi załącznika do protokołu postępowania. Takim załącznikiem jest jedynie dokument, określający wartość szacunkową zamówienia, jak i kwotę która ma zostać przeznaczona na realizację tego zamówienia i taki dokument, a nie plan finansowy podlega udostępnieniu na zasadach określonych w art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty noclegu oraz dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 814,50 zł, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....