

**Sygn. akt KIO/2289/10**

**WYROK**  
**z dnia 5 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Trakcja Polska S.A. , 00-120 Warszawa, ul. Złota 59/XVIIP Przedsiębiorstwo Napraw I Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. 30-556 Kraków ul. Prokocimska 4** od czynności zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji , 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74.**

przy udziale **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., PKP Energetyka S.A., Pomorskie Przedsiębiorstwo. Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., 03-816 Warszawa, ul. Chodakowskiego 100** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1.oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Trakcja Polska S.A., Przedsiębiorstwo Napraw I Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., 00-120 Warszawa, ul. Złota 59/XVIIP 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 uiszczzonego przez **Konsorcjum: Trakcja Polska S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., 00-120 Warszawa, ul. Złota 59/XVIII**;
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Trakcja Polska S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., 00-120 Warszawa, ul. Złota 59/XVIII** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga**.

**Przewodniczący:**

.....

**UZASADNIENIE**

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74 03 - 734 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest modernizacja linii kolejowej E 30, etap II, odcinek Zabrze - Katowice - Kraków Przetarg nr 3 - Modernizacja odcinka: Krzeszowice - Kraków Główny Towarowy - km 46,700 - 67,200 linii nr 133. Ogłoszenie o zamówieniu: 1010/S 84 - 126018; ID:2010 - 053560

W dniu 11 października 2010 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, wybrana została oferta Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. (Pełnomocnik) ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa, PKP Energetyka S.A. ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa, Pomorskiego Przedsiębiorstwa Mechaniczno-Torowego Sp. z o.o. Ul. Sandomierska 17, 80-051 Gdańsk, który w przedmiotowym postępowaniu przystąpił do prowadzonego postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego –zwany dalej w treści „przystępującym”

Od takiego rozstrzygnięcia odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożyło konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie Trakcja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwane dalej „odwołującym”.

Odwołanie zostało wniesione od czynności zamawiającego polegających na:

1. Dokonania przez zamawiającego czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: (i) Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (ii) PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie, (iii) Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako najkorzystniejszej;
2. Zaniechania dokonania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie PZP, tj.
  - a) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum wobec okoliczności, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, a Konsorcjum nie udowodniło, że zaoferowana cena takiego charakteru nie posiada;
  - b) zaniechania prawidłowego dokonania czynności oceny i badania ofert,

w tym złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i tym samym zaniechania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie przyjętych kryteriów.

Powyższymi czynnościami i zaniechaniem zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. Przepisu art. 91 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty Konsorcjum, która powinna zostać odrzucona przez zamawiającego oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert;
2. Przepisu art. 89 ust. 1 punkt 4) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest rażąco niska;
3. Przepisu art. 90 ust. 2 i 3 PZP, poprzez uwzględnienie wyjaśnień Konsorcjum w zakresie zaoferowanej ceny, pomimo, że Konsorcjum w wyjaśnieniach nie przedstawiło żadnych dowodów, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a złożone wyjaśnienia mają charakter informacji ogólnej i są niewystarczające do oceny charakteru ceny.

W związku z powyższym wniósł o:

1. Merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu, tj. wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w zakresie zaoferowanej ceny, na okoliczność, że wyjaśnienia te w żaden sposób nie uzasadniają wysokości ceny, a przede wszystkim, że wyjaśnienia nie stanowią dowodu, iż zaoferowana przez Konsorcjum cena nie jest rażąco niska;
3. Unieważnienie czynności Zamawiającego z 11 października 2010 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty.
4. Nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności, do których jest zobowiązany na podstawie PZP tj.
  - a) Dokonania ponownej oceny i badania złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty Konsorcjum i odwołującego;
  - b) Odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 punkt 4) w związku z przepisem art. 90 ust. 2 i 3 PZP;
  - c) Wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w

postępowaniu, w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Cena zaoferowana przez konsorcjum to 360.693.000,00 złotych brutto, szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego wynosiła 732.946.720,00 złotych brutto, a więc cena oferty Konsorcjum stanowiła około 49 % szacunkowej wartości zamówienia.

Pismem z dnia 9 września 2010 roku zamawiający wezwał wykonawcę Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. (Pełnomocnik) ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa, PKP Energetyka S.A. ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa, Pomorskiego Przedsiębiorstwa Mechaniczno-Torowego Sp. z o.o. Ul. Sandomierska 17, 80-051 Gdańsk, do złożenia wyjaśnień „wątpliwości dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny”.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca pismem z dnia 16 września poinformował zamawiającego iż, firmy wchodzące w skład konsorcjum od lat specjalizują się w kompleksowych robotach modernizacyjnych linii kolejowych. Zdobyte doświadczenie pozwala na takie kalkulowanie ceny ofertowej, aby przy wykorzystaniu posiadanego potencjału realizować zamówienia w taki sposób, aby spełniały wymagania inwestora oraz przynosiły zakładany zysk. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, że członkowie konsorcjum z powodzeniem realizowali i realizują wiele kontraktów mających na celu modernizację linii kolejowych w których występują jako wykonawcy (pełnomocnik, partner konsorcjum). W przedmiotowym postępowaniu sporządzenie oferty zostało poprzedzone szczegółową wizją w terenie, co pozwoliło na dokładne oszacowanie kosztów. Po ponownej analizie złożonej oferty stwierdził, że ceny i stawki wpisane do Przedmiaru Robót w pełni obejmują wartość opisanych w danej pozycji łącznie ze wszystkimi wydatkami i kosztami, które mogą być niezbędne dla wykonania opisanego zakresu wraz z robotami tymczasowymi jak i wszelkim ryzykiem, odpowiedzialnością i zobowiązaniami wyartykułowanymi w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia.

Ceny jednostkowe robót zostały zweryfikowane przez konsorcjum pod kątem czynników cenotwórczych tj. R.M.S. oraz wielkości wskaźników wzrostu cen. Podniósł że znaczna większość prac wykonana zostanie sprzętem będącym własnością Konsorcjum, co pozwoli na zastosowanie zmniejszonych stawek za pracę sprzętu w stosunku do konkurencji. Szczególnie dotyczy to wysokowydajnego sprzętu specjalistycznego do robót torowych, który stanowi znaczny składnik cenowy oferty. Konsorcjum jako jeden z największych podmiotów na rynku robót budowlanych branży kolejowej posiada również możliwość negocjacji cen materiałów nawierzchni kolejowej oraz kruszyw bezpośrednio u producentów, co pozwala na oszczędne kalkulowanie kosztów materiałowych, a przyjęta technologia wykonania oparta na pełnej mechanizacji robót pozwala na oszczędności w robociźnie bezpośredniej.

W uzasadnieniu odwołania i w piśmie z dnia 3.11.2010 roku odwołujący wskazał, że istota sporu sprowadza się do ustalenia, czy **złożone wyjaśnienia** przez konsorcjum dowodzą tego, że cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. Odpowiedź na to pytanie w ocenie odwołującego nie może być pozytywna, albowiem ogólnikowe, mało konkretne, nieprecyzyjne, a przede wszystkim niepoparte żadnymi dowodami wyjaśnienia, prowadzą do wniosku, iż konsorcjum zaoferowało rażąco niską cenę, a tym samym oferta konsorcjum winna być przez zamawiającego odrzucona. Podniósł, że doktryna i orzecznictwo traktuje wyjaśnienia niewystarczające i ogólnikowe na równi z przypadkiem niezłożenia wyjaśnień w ogóle. Tak między innymi stwierdził Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r. (sygn. VI Ca 464/05). Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę winny być poparte konkretnymi dowodami. Wezwany wykonawca nie przedstawił żadnych konkretnych informacji dotyczących spodziewanego zysku oraz ograniczeń, jakie przyjął w tym zakresie, brak jest jakichkolwiek danych liczbowych, kalkulacji, wyliczeń. Konsorcjum nie udowodniło w żaden możliwy sposób (na przykład poprzez przedstawienie kalkulacji, wyliczeń, wykresów, danych liczbowych, metod obliczenia ceny, czynników kształtujących cenę, etc), iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Jak wynika z treści złożonych w dniu 16 września 2010 r. wyjaśnieniach Konsorcjum, posługuje się ono wyjątkowo ogólnikowymi i nic nie znaczącymi stwierdzeniami, które Konsorcjum nie stara się nawet uprawdopodobnić, nie mówiąc już o dowiedzeniu tych okoliczności. Wskazał, że przedmiotem rozważań nie jest okoliczność czy faktycznie mamy do czynienia ceną rażąco niską ale z pytaniem czy

wskutek złożonych wyjaśnień wykonawca obalił domniemanie prawne o rażąco niskiej cenie złożonej oferty. Na rozprawie dodał, że pozostaje niewyjaśniona wątpliwość czy zamawiający uznał cenę wykonawcy za prawidłową na podstawie posiadanej już oferty czy na podstawie złożonych wyjaśnień, które w tych wyjaśnieniach w żaden sposób do zapisów oferty się nie odnosiły. Wezwany wykonawca tutaj przystępujący nie wykazał, iż zaoferowana cena jest prawidłowa. Stwierdzenia zamawiającego o prawidłowości skalkulowania ceny powinny wynikać z wyjaśnień, a nie z ponownej analizy oferty, a więc winny być wskazane nowe okoliczności wskazujące na realność zaoferowanej ceny. Przepis art. 90 ust. 3 należy tak interpretować, że wyjaśnienia wezwanego wykonawcy muszą być nie tylko złożone ale muszą zawierać informacje wraz z załączonymi popierającymi je dowodami z których będzie wynikało, iż zostały rozwiane wątpliwości zamawiającego w tym zakresie. Podniósł że nie można doprowadzić do absurdu, iż będą składane wyjaśnienia jednozdaniowe, a uzasadnienie wystąpienia bądź nie, rażąco niskiej ceny będzie przerzucane na zamawiającego, a nie obalane przez wezwanego wykonawcę.

Przystępujący do postępowania – wybrany wykonawca, w zgłoszonym przystąpieniu i w trakcie rozprawy podniósł, że zamawiając nie zwrócił się do przystępującego z żądaniem przedstawienia wyjaśnień dotyczących elementów ceny, lecz wniósł o przedłożenie wyjaśnień dotyczących powodów złożenia oferty w przedmiotowej wysokości. Wezwanie zamawiającego nie wskazywało elementów oferty, co do których zamawiający oczekiwał wyjaśnień, wezwanie dotyczyło złożenia wyjaśnień odnośnie powodów zaoferowania ceny w określonej wysokości i przystępujący w swoim piśmie je wykazał. Wskazał że oferowana przez przystępującego do postępowania odwoławczego cena nie odbiega od cen oferowanych w innych postępowaniach o zamówienia publiczne dotyczących podobnych zamówień. Zamawiający w jednym czasie ogłosił 9 postępowań przetargowych dotyczących modernizacji tej samej linii kolejowej, dla takich samych parametrów technicznych oraz w oparciu o takie same założenia wstępne. W tych postępowaniach wartość złożonych ofert kształtowała się na znacznie niższym poziomie, niż kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na ich realizację. Podnosi iż zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień co do prawidłowości zaoferowanej ceny natomiast nie wskazywał jakichkolwiek elementów co do których miałyby wątpliwości, iż zostały one w sposób nieprawidłowy ustalone, jego oferta została sporządzona prawidłowo i zamawiający chcąc odrzucić

ofertę z powodu wystąpienia rażąco niskiej ceny winien bezsprzecznie udowodnić, iż realizacja przedmiotu zamówienia zawartego w ofercie nie pozwala wykonawcy na osiągnięcie zysku co w przypadku oferty przystępującego nie ma miejsca.

Zamawiający podał że podstawowym błędem odwołującego jest odnoszenie faktu wysokości zaoferowanej przez wykonawcę ceny do wartości szacunkowej zamówienia. Wartość tego zamówienia jak i szeregu innych dotyczących modernizacji tej linii kolejowej zdaniem zamawiającego była zawyżona ,a ceny zaoferowane przez wykonawców oscylują w granicach 50 % wartości szacunkowej zamówienia. Już ten fakt wskazuje na to, że cena wykonawcy, którego oferta została wybrana nie była wyjątkowa. Zamawiający z ostrożności co do oszacowania wartości ofert wystąpił z wnioskiem do wykonawcy o wyjaśnienie powodów zaoferowania takiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Podnosi, że wykonawca w wyjaśnieniach wskazał na obiektywne czynniki mające wpływ na zaoferowanie takiej wysokości ceny i do takich okoliczności zaliczył skale przedsiębiorstwa. Przedsiębiorstwo wybranego wykonawcy dysponuje prawie 6-krotnie większym potencjałem niż przedsiębiorstwo odwołującego co wynika ze złożonej oferty str. 258 i następna. Ponadto wykonawca powołał się na posiadane umowy z dostawcami surowców z których wynika możliwość realizacji inwestycji wg niższych cen zakupu materiałów do budowy, a także specjalistycznego sprzętu do robót torowych. Stwierdził że zamawiający w świetle uzyskanych wyjaśnień i ponownej dokładnej analizy złożonej oferty nie doszedł do przekonania, że oferta zawiera zgodnie z art. 90 ust. 2 rażąco niską cenę, a tylko wtedy może zastosować przepis ust. 3 art. 90 ustawy pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący i przystępujący posiadają interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Środki ochrony prawnej przysługują każdemu



podmiotowi, którego interes w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Natomiast przystępujący po stronie zamawiającego wykazał, że uwzględnienie odwołania może uniemożliwić mu realizację przedmiotu zamówienia.

Stan faktyczny sprawy podany przez uczestników postępowania w odwołaniach nie wymagał zdaniem Izby dodatkowych ustaleń.

**Izba stwierdza ,że wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, wykazanie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji gdy oczywiste jest , że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, dlatego też wykonawca winien wykazać- na wezwanie zamawiającego ,że mimo zaoferowania tak niskiej ceny w stosunku do innych ofert wykonanie zamówienia będzie dla niego ekonomicznie opłacalne. Fakt wystąpienia przesłanek do uznania zaoferowanej w ofercie ceny jak rażąco niskiej należy odnosić do całości oferty, jednakże wątpliwości w tym zakresie mogą wynikać ze sposobu skalkulowania poszczególnych elementów cenotwórczych oferty./ komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych pod red.St. Babiarza str. 427, wyd. 2010 r. /

Artykuł 90 ust.3 wprowadza sankcję odrzucenia oferty tylko w dwóch przypadkach:

- 1) Niezłożenie wyjaśnień przez wezwanego wykonawcę lub złożenie ich po terminie
- 2) Gdy dokona oceny złożonych wyjaśnień i dowodów i uzna, że jego stanowisko co do zaistnienia przesłanki rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia było trafne.

Wyjaśnienia wykonawcy zgodnie z przepisem art. 90 ust.3 ustawy mogą być poparte konkretnymi dowodami. Jednakże przepis ten nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawienia wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów . To w gestii

wykonawcy leży obowiązek wykazania prawidłowości wyliczenia ceny. Wyjaśnienia do których nie załączono dowodów w postaci dokumentów, z mocy prawa nie upoważniają zamawiającego do odrzucenia oferty. Obowiązek złożenia wyjaśnień co do zarzutów rażąco niskiej ceny występujący po stronie wykonawcy jest skorelowany ustawowo z obowiązkiem zamawiającego dokonania wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest zaniżona, a na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania powodów nie uwzględnienia złożonych wyjaśnień i dowodów oraz odrzucenia z tego powodu oferty wykonawcy.

Pomimo istnienia obszernego w tym zakresie orzecznictwo sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej to jednak brak jest możliwości ustalenia jednolitych zasad oceny wystąpienia lub nie rażąco niskiej ceny, oraz zasad dokonania oceny czy złożone wyjaśnienia wykonawcy są wystarczające do uznania iż wykazana w ofercie cena jest ceną rażąco niską. Wynika to z bezwzględnej konieczności indywidualnej oceny przez zamawiającego każdego takiego przypadku.

Ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, bowiem nie jest to katalog zamknięty, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulacje ceny przez wykonawcę, które zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie, czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne dla różnych zamówień oraz będą zawsze kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, bowiem to właśnie wykonawcy będą każdorazowo wskazywać te elementy oferty, które były podstawą wyliczenia zaoferowanej w ofercie ceny, oraz będą odwoływać się do czynników zewnętrznych jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty.

Przepisy prawa zamówień publicznych nie ustanawiają zarówno dla zamawiającego jak i wezwanego wykonawcy / oprócz wyliczenia przykładowego z art.90 ust.2 ustawy pzp/ nakazów, co winno zawierać wyjaśnienie wezwanego wykonawcy jak również jakimi kryteriami winien kierować się zamawiający oceniając złożone wyjaśnienie. Tym samym należy stwierdzić, że zamawiający winien ocenić złożone wyjaśnienie w oparciu o zasady prawa zamówień publicznych kierując się potrzebą wykazania, czy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez tego konkretnego wykonawcę za zaoferowaną cenę jest dla niego opłacalne. Nieopłacalność, czyli próba wykonania zamówienia za cenę niepokrywającą kosztów

realizacji zamówienia grozi zamawiającemu niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia i tym samym równocześnie stwarza niebezpieczeństwo „zmarowania” środków publicznych przeznaczonych na realizację zamówienia. Wobec powyższego to na zamawiającym dokonującym oceny złożonych wyjaśnień ciąży odpowiedzialność starannej i obiektywnej oceny możliwości wykonania przez danego wykonawcę zamówienia, przy zachowaniu reguł uczciwej konkurencji wobec innych uczestników postępowania. Zamawiający wszczynając dane postępowanie musi mieć świadomość że tylko zachowanie zasad uczciwej konkurencji daje mu możliwość uzyskania najlepszego wykonania przedmiotu zamówienia i za najniższą cenę. Tą zasadę winien szczególnie przestrzegać przy ocenie oferty i ewentualnych wyjaśnień wezwanego wykonawcy co do ewentualności zaoferowania wykonania zamówienia za cenę rażąco niską. Niestaranność przy wykonywaniu tej czynności może spowodować, że do wykonania zamówienia zostanie dopuszczony wykonawcą który zamówienia nie wykona lub wykona go w sposób nienależyty, bądź wykonawca oferujący wykonanie zamówienia za cenę najkorzystniejszą zostanie odrzucony. Dlatego też Izba stoi na stanowisku, że odwołujący kwestionujący działania zamawiającego w zakresie uznania iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, winien w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia **przez tego wykonawcę**. Próba wykazania tego faktu poprzez kwestionowanie tylko treści wyjaśnień jest zwykle nieskuteczna, ponieważ o zaistnieniu przesłanki skutkującej uznaniem złożonych wyjaśnień za wystarczające decyduje wyłącznie zamawiający. Natomiast połączenie zarzutu braku właściwych wyjaśnień z konkretnym wskazaniem w ofercie przyjętych wyliczeń ceny za nierealne w danych warunkach, konkretyzuje zarzut wystąpienia rażąco niskiej ceny poprzez możliwość jego badania przez Izbę.

Izba nie uznaje za słuszne stwierdzenie odwołującego z którego można wywieść wniosek iż tylko obszerne i szczegółowe wyliczenia wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach dają podstawę do uznania zaoferowanej ceny za prawidłową. Wynika to przede wszystkim z faktu że zamawiający wzywając danego wykonawcę do złożenia wyjaśnień z reguły nie podają jakie konkretne pozycje kosztorysowe oferty, mające wpływ na jej całkowitą wartość, są przez niego kwestionowane lub wymagają wyjaśnień. W jednym przypadku może to być niemalże cała oferta w innym zakres ten może być minimalny. Dlatego też w jednym przypadku aby przekonać

zamawiającego będzie wymagany uszczegółowiony opis całości zaoferowanej w ofercie ceny, w innym wystarczy wskazanie tylko na niektóre jej elementy.

Wobec tego to odwołujący, powołując się na zbyt ogólnikowe wyjaśnienia wykonawcy winien wykazać, iż biorąc po uwagę istniejące realia rynkowe, potencjał techniczny wykonawcy, wskazane technologie wykonania, itp. że wykonanie przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę jest niemożliwe, lub wymaga subsydiowania przez tegoż wykonawcę. Tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji mający na celu wyeliminowanie innych wykonawców od wykonania danego zamówienia.

Istotnym faktem w sprawie jest okoliczność wskazana przez zamawiającego, iż konieczność dokonania weryfikacji oferty odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny wynikała przede wszystkim z odniesienia kwoty z oferty do szacunkowej wartości zamówienia. Należy wskazać, iż odnoszenie się do wartości szacunkowej zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Faktu tego nie można wywieść na podstawie określenia poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert i wartością oszacowania zamówienia, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (KIO/UZP 126/09) W trakcie rozprawy zamawiający wskazał, że wyjaśnienia wykonawcy w połączeniu z ponowną analizą złożonej oferty wykazały, iż zaoferowana cena jest ceną realną za którą możliwe jest prawidłowe wykonanie zamówienia, a zamawiający na tym wykonaniu osiągnie jeszcze zysk.

Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania prawdziwości twierdzeń zamawiającego. To zamawiający dokonuje weryfikacji elementów oferty z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, a odrzuca ofertę, jeżeli wyjaśnienia potwierdzą wątpliwości zamawiającego, a więc potwierdzą, że oferowana cena jest rażąco niska. Nie bez znaczenia w sprawie jest podniesiony przez zamawiającego i przystępującego fakt iż wybrany wykonawca wielokrotnie już świadczył usługi w trybie zamówień publicznych dla zamawiającego wykonując je należycie, a ponadto wielkość firm wchodzących w skład konsorcjum wskazuje, że jest to poważna oferta i aby ją odrzucić odwołujący winien był wskazać mocne dowody uzasadniające jego zarzuty z odwołania.

W sytuacji złożenia stosownych wyjaśnień, które zostały przez zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu co do braku przedstawienia w wyjaśnieniach obiektywnych elementów mających wpływ na

wysokość ceny i złożenia niewystarczających wyjaśnień spoczywa w całości na odwołującym. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, że *„Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne”* podobnie również wyrok KIO/UZP 1068/08.

Oceniając tylko treść samego wyjaśnienia wykonawcy nie można nie uznać częściowo racji odwołującego iż zawiera ono szereg ogólnych sformułowań. Fakt ten, choć bezsporny, nie dowodzi jednak nierealności ceny oferty złożonej przez przystępującego, a tym samym nie uzasadnia negatywnej oceny możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia.

Dlatego też Izba biorąc pod uwagę dokonane ustalenia nie stwierdziła, aby w oparciu o dokumenty i argumenty przedstawione przez odwołującego zamawiający w sposób nieuprawniony uznał wyjaśnienia przystępującego wykonawcy za uwiarygodniające realność wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną kwotę. Tym samym stwierdziła że brak jest podstaw do uznania wystąpienia przesłanki rażąco niskiej ceny, winnej skutkować odrzuceniem oferty przystępującego, na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Wobec braku przedstawienia przez odwołującego, na którym spoczywa ciężar udowodnienia, dowodów które mogłyby przyczynić się do obalenia domniemania o wystąpieniu rażąco niskiej ceny, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania. Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że wskazane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie znajdują potwierdzenia.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak na wstępie orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1 i 2 ppkt. a i b) rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący .....**