

Sygn. akt: KIO/UZP 1659/10

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" S.A., ul. Barbary 21, 40-053 Katowice (Lider), "UNISERV" Budownictwo Przemysłowe S.A., ul. ks. mjr K. Woźniaka 7a, 40-337 oraz Zbigniewa Jasiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TRANS-ZIEM Zbigniew Jasiewicz, al. Bora-Komorowskiego 43, 31-876 Kraków, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Powiat Zawierciański, 42-400 Zawiercie, ul. Sienkiewicza 34** protestu z dnia 9 lipca 2010 r.

przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego VIG Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 7, 41-300 Dąbrowa Górnicza (Lider), Leszka Labisia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.T.H. MET-TRANS Leszek Labiś, ul. Łąkowa 74, 84-240 Reda, Danutę Abramczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Mazowieckie Przedsiębiorstwo Ekologiczne Danuta Abramczyk, ul. Kleczewska 38, 01-826 Warszawa, Przedsiębiorstwo Przerobu Odpadów EKO-VIG A.Młynarski sp. j., ul. Partyzantów 4, 42-300 Myszków oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Remontowe**

COMPLEX S.A., ul. Ujastek 1, 31-752 Kraków zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" S.A., ul. Barbary 21, 40-053 Katowice (Lider), "UNISERV" Budownictwo Przemysłowe S.A., ul. ks. mjr K. Woźniaka 7a, 40-337 oraz Zbigniewa Jasiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TRANS-ZIEM Zbigniew Jasiewicz, al. Bora-Komorowskiego 43, 31-876 Kraków**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" S.A., ul. Barbary 21, 40-053 Katowice (Lider), "UNISERV" Budownictwo Przemysłowe S.A., ul. ks. mjr K. Woźniaka 7a, 40-337 oraz Zbigniewa Jasiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TRANS-ZIEM Zbigniew Jasiewicz, al. Bora-Komorowskiego 43, 31-876 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" S.A., ul. Barbary 21, 40-053 Katowice (Lider), "UNISERV" Budownictwo Przemysłowe S.A., ul. ks. mjr K. Woźniaka 7a, 40-337 oraz Zbigniewa Jasiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TRANS-ZIEM Zbigniew Jasiewicz, al. Bora-Komorowskiego 43, 31-876 Kraków** na rzecz Powiatu

Zawierciańskiego, 42-400 Zawiercie, ul. Sienkiewicza 34 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" S.A., ul. Barbary 21, 40-053 Katowice (Lider), "UNISERV" Budownictwo Przemysłowe S.A., ul. ks. mjr K. Woźniaka 7a, 40-337 oraz Zbigniewa Jasiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TRANS-ZIEM Zbigniew Jasiewicz, al. Bora-Komorowskiego 43, 31-876 Kraków.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: *„Likwidacja zagrożeń środowiskowych spowodowanych zaleganiem odpadów zawierających azbest na terenie gminy Ogrodzieniec”*, zostało wszczęte przez Powiat Zawierciański, zwanego dalej: *„Zamawiającym”*, w dniu 21 grudnia 2009 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego, na stronie internetowej. W tym samym dniu ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w wyniku czego opublikowane zostało w dniu 26 grudnia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2009/S 249-358250).

Wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego, o której Wykonawcy biorący udział w powołanym postępowaniu zostali powiadomieni w dniu 30 czerwca 2010 r., protest w dniu 9 lipca 2010 r. wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" S.A. (Lider), "UNISERV" Budownictwo Przemysłowe S.A. oraz Zbigniew Jasiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TRANS-ZIEM Zbigniew Jasiewicz, zwani dalej Konsorcjum BUDUS.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2010 r. poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia powołanego protestu o jego oddaleniu. Od tegoż rozstrzygnięcia Konsorcjum BUDUS wniosło w dniu 29 lipca 2010 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Do toczącego się postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe VIG Sp. z o.o. (Lider), Leszek Labiś prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe MET-TRANS Leszek Labiś, Danuta Abramczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Mazowieckie Przedsiębiorstwo Ekologiczne Danuta Abramczyk, Przedsiębiorstwo Przerobu Odpadów EKO-VIG A.Młynarski sp. j., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Remontowe COMPLEX S.A., zwani dalej łącznie Konsorcjum VIG.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego środki ochrony prawnej będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę oraz oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczych złożone na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego – Konsorcjum BUDUS:

Konsorcjum BUDUS zaskarżyło czynności Zamawiającego polegające na nieuznaniu jego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty i w wyniku tego odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucał także Zamawiającemu nieuprawnione dokonanie wyboru oferty Konsorcjum VIG, bezprawne zróżnicowanie oceny wyjaśnień Odwołującego i Konsorcjum VIG, a także zaniechanie podjęcia czynności zmierzających do wyjaśnienia, czy zastrzeżone przez Konsorcjum VIG informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bezprawne uznanie, że część wyjaśnień (szczegółowy kosztorys) dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty Konsorcjum VIG są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa oraz w wyniku tego zaniechanie udostępnienia do wglądu Odwołującego tej części powołanych wyjaśnień. W treści uzasadnienia tak protestu jak i odwołania Konsorcjum BUDUS dodatkowo sformułowało zarzut błędnego oszacowania wartości szacunkowej zamówienia.

Postępowanie Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, naruszało w szczególności dyspozycje art. 7 ust 1, art. 8 ust 1, art. 8 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, w związku z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej u.z.n.k., a także art. 89 ust 1 pkt 4, art. 90 ust 2 i 3 i art. 91 ust 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe zarzuty Odwołujący żądał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, uznania złożonych przez niego wyjaśnień dotyczących składników oferty mających wpływ na cenę za wyczerpujące lub odstąpienie od przeprowadzania procedury wyjaśniającej w oparciu o art. 90 ustawy Pzp, a także przeprowadzenia postępowania związanego z oceną podstaw prawnych i faktycznych utajnienia części wyjaśnień przez Konsorcjum VIG, dokonania czynności odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum VIG jako informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie dokonania ponownego badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący uzasadniając podnoszone przez siebie zarzuty twierdził co następuje.

Konsorcjum BUDUS podnosiło, że Zamawiający źle oszacował zamówienie lub nie zaktualizował tego szacunku. Wskazywał, iż cena oferty innego wykonawcy (Konsorcjum PUT RABA II) jest ceną najbardziej zbliżoną do wartości szacunkowej zamówienia brutto (jest niższa od szacunku o 834.000 zł). W tabeli elementów scalonych oferty tego wykonawcy występują roboty, których cena wykonania jest drastycznie różna od cen wykonania tych samych robót przez Odwołującego i Konsorcjum VIG. Ceny za poszczególne roboty wykonawcy konsorcjum PUT RABA II, które mimo tak wielkich różnic między cenami ofert Odwołującego i Konsorcjum VIG, nie zdołały stworzyć w sumie ceny oferty, która osiągnęłaby poziom wartości szacunkowej zamówienia. Jest to zdaniem Zamawiającego wykładnikiem rzetelności skalkulowania wartości szacunkowej zamówienia. W ocenie Odwołującego, fakt uznania za najkorzystniejszą oferty Konsorcjum VIG, która zawierała cenę znacznie odbiegającą swym poziomem od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, potwierdza, iż także Zamawiający stracił wiarę w rzetelność szacunku. Powoduje to, że wobec niewłaściwie skalkulowanej ceny zamówienia, Zamawiający powinien odstąpić od procedury wyjaśniającej w oparciu o art. 90 ustawy Pzp. Odwołujący złożył bowiem ofertę z ceną rynkową zawierającą wszystkie koszty niezbędne do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, w związku z tym nie może być mowy o cenie rażąco niskiej.

Za taką, rażąco niską cenę, w ocenie Odwołującego, może być uznania jedynie cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień,

tj. cena wskazująca na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazywał, iż porównywalną ceną rynkową do ceny jego oferty jest cena oferty Konsorcjum VIG. Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoimi działaniami potwierdził, że cena oferty Konsorcjum VIG, a co za tym idzie również cena jego oferty, jest ceną rynkową.

Uzasadniając zarzuty nie uznania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Konsorcjum BUDUS ponosiło, iż Zamawiający w dniu 10 czerwca 2010 r. wezwał je do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Zamawiający jednocześnie przedstawił, że wyjaśnienia winny wskazywać obiektywne czynniki, tj. zastosowane stawki robocze, składniki kosztów ogólnych, szacowaną pracochłonność, itp., tak aby była możliwa rzetelna i wiarygodna ocena złożonych wyjaśnień. Odwołujący wyjaśniał, że nie zrozumiał wskazania Zamawiającego jako żądania przedstawienia kosztorysu w trybie następczym, co w jego ocenie było jego „jedynym grzechem” popełnionym w tym postępowaniu. Nie rozumiejąc bowiem intencji Zamawiającego, chciał złożyć żądane wyjaśnienia w lepszy sposób, aniżeli oczekiwał tego Zamawiający. Odwołujący wyjaśniał, iż wobec faktu, że zaoferowana przez niego cena była ceną rynkową trudno było wskazać obiektywne czynniki, których żądał Zamawiający uzasadniający określenie ceny na tym poziomie, dlatego też złożone przez niego wyjaśnienia wskazywały na czynniki o charakterze ogólnym.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż takiego błędu nie popełniło Konsorcjum VIG, które właściwie odczytało intencję Zamawiającego, bowiem w ramach wyjaśnień z dnia 15 czerwca 2010 r. przedstawiło szczegółowy kosztorys, który Zamawiający uznał jako wyjaśnienia właściwe i uzasadniające przedstawienie ceny oferty odbiegającej od wartości szacunkowej zamówienia.

Konsorcjum BUDUS ponosiło, iż w przedmiotowym postępowaniu nie było potrzeby załączania kosztorysu szczegółowego. Dało to w jego ocenie Zamawiającemu możliwość uznania kosztorysu, jako wystarczającego do udokumentowania, że cena nie jest rażąco niska, oraz że informacje zawarte w kosztorysie wypełniają ustawowy obowiązek obiektywizmu czynników. Odwołujący podnosił, iż przyjmując ten tok rozumowania, w przypadku gdyby w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zostałby sformułowany wymóg złożenia kosztorysu wraz ofertą, Zamawiający nie miałby potrzeby wzywania Wykonawców do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, bowiem czynniki obiektywne zawarte w kosztorysie szczegółowym byłyby Zamawiającemu znane. Mógłby więc rzetelnie i wiarygodnie ocenić, czy cena jest rażąco niska, czy też nie. Takie rozumowanie w ocenie Odwołującego jest błędne. Jego zdaniem informacje zawarte

w kosztorysie szczegółowym są czynnikami bardzo subiektywnymi, bowiem wszystkie one są ustalone przez wykonawcę na podstawie czynników zewnętrznych, pozakosztorysowych (obiektywnych) pozwalających na ustalenie takich właśnie składników ceny oferty. Odwołujący wskazywał, że aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen. Kosztorys szczegółowy nie wyjaśnia tych powodów.

Odwołujący podnosił, że w wyjaśnieniach odniósł się on do oczekiwań Zamawiającego opisując możliwości organizacyjne, doświadczenie poszczególnych partnerów konsorcjum, dobór partnerów konsorcjum wzajemnie uzupełniających się w wykonawstwie poszczególnych rodzajów robót do wykonania. Jego wyjaśnienia nakierowane były na wypełnienie oczekiwań Zamawiającego poprzez wskazanie na niektóre ważne (zawarte w tabeli elementów scalonych) rodzaje robót, które może on wykonać znacznie taniej niż przewidział to Zamawiający szacując cenę zamówienia. Tymczasem Zamawiający uznał, że czynniki wskazane w wyjaśnieniach Odwołującego są czynnikami nieobiektywnymi i nie mają bezpośredniego wpływu na cenę jego oferty. Odwołujący podnosił, że Zamawiający znał ceny jednostkowe zastosowane przez niego, bowiem są one zawarte w wycenionym przedmiarze robót załączonym do oferty. W wyjaśnieniach zaś wskazał czynniki, które pozwoliły mu na zastosowanie takich cen jednostkowych, które są cenami konkurencyjnymi.

Odwołujący oświadczył, iż poniekąd zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że nie mógł on nie zróżnicować oceny wyjaśnień Odwołującego i KONSORCJUM, gdyż ich treść była zupełnie różna. Wskazywał jednak, na rozbieżność jego oceny zakresu i treści powołanych wyjaśnień w odniesieniu do oceny dokonanej przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego wynika ona z tego, że Zamawiający subiektywne czynniki wskazane przez Konsorcjum VIG uznał za obiektywne, a obiektywne czynniki wskazane przez Odwołującego uznał za zbyt ogólnikowe, chociaż takimi nie są, czym naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Uzasadniając zarzuty odnoszące się do nieuprawnionego zastrzeżenia jako objętego tajemnicą przedsiębiorstwa kosztorysu załączonego do wyjaśnień Konsorcjum VIG w zakresie rażąco niskiej ceny, Odwołujący wskazywał, iż chciał porównać wyjaśnienia własne, które zostały nieuznane jako właściwe, z wyjaśnieniami Konsorcjum VIG, które zostały uznane za właściwe. Wiedza ta była niezbędną Odwołującemu do pełnej oceny jego sytuacji, w szczególności co do możliwości skutecznego dochodzenia swoich racji związanych z możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego uznanie dokonane przez Konsorcjum VIG zastrzeżenia za skutecznie dokonane i

zasadne, dało temu Wykonawcy nieuzasadnioną przewagę nad Odwołującym. Tym samym Odwołujący został pozbawiony przysługującego mu uprawnienia do kontroli prawidłowości przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zastrzeżenie dochowania poufności złożone przez Konsorcjum VIG stanowi jedynie próbę uniemożliwienia Odwołującemu wglądu do dokumentów ofertowych, ponieważ Konsorcjum to zastrzegło możliwość ujawnienia informacji zawartych w kosztorysie wyłącznie w stosunku do określonych podmiotów, tj. do innych Wykonawców biorących udział w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to w ocenie Odwołującego, że nie chodziło tu o ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie o utrudnienie, wręcz uniemożliwienie, pozostałym Wykonawcom kontroli prowadzenia postępowania przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wezwał Konsorcjum VIG do wyjaśnienia, czy cała treść kosztorysu podlega ochronie. Zamawiający nie podjął czynności zmierzających do zapewnienia jawności postępowania, lecz bezkrytycznie przyjął dokonane przez Konsorcjum VIG zastrzeżenie o nieujawnianiu treści kosztorysu szczegółowego.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum BUDUS w rozstrzygnięciu protestu złożonego przez to Konsorcjum, jak również na rozprawie przed Izbą. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych przez Odwołującego Zamawiający podnosi co następuje.

Odnosząc się do zarzutu nieuznania wyjaśnień Odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego oraz zarzutu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum VIG Zamawiający podnosi, iż są one bezzasadne i zasługujące na oddalenie.

Odnosząc się do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia Zamawiający wyjaśniał, iż dokonał jej w oparciu o kosztorys inwestorski. Różnice pomiędzy jego wartością, a wartościami ofert Odwołującego i Przystępującego wynikają prawdopodobnie ze zmian warunków rynkowych. Ponadto wskazywał, iż wysokość cen ukształtowana na niższym poziomie niż wartość kosztorysu inwestorskiego została wymuszona mechanizmami konkurencji rynkowej.

Zamawiający wskazywał w związku z tym, że ceny podane w ofertach Odwołującego oraz Konsorcjum VIG były znacznie niższe niż kwota, jaką Zamawiający zamierzał

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, uznał on, że rozbieżność taka determinuje konieczność wszczęcia procedury wyjaśnienia ofert zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosiła 32 737 955,94 zł brutto, natomiast cenę Odwołującego określono na kwotę 10 782 453,45 zł brutto, zaś cenę Konsorcjum VIG na kwotę 12 994 869,04 zł brutto. Podnosił on, iż w wezwaniu do złożenia wyjaśnień zwrócił uwagę Wykonawców na to, iż wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny powinny wskazywać na obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny całkowitej, tak aby możliwa była rzetelna i wiarygodna ocena złożonych wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący przesłał pismo, w którym wyjaśniał, iż m.in. zaoferowana cena wynika z ogólnej sytuacji na rynku budownictwa, która stanowi o wyjątkowo sprzyjających warunkach kształtowania cen kalkulowanych inwestycji, a co za tym idzie warunkach wykonania zamówień dla wykonawców. Równocześnie podnosił, iż na poziom zaproponowanej w ofercie ceny miało wpływ doświadczenie firm tworzących konsorcjum w realizacji robót o podobnym charakterze. Oświadczył również, iż dla celów przygotowania oferty rozeznał poziom kosztów ogólnych dla inwestycji z uwzględnieniem oszczędności metod wykonania zamówienia, zminimalizowania czasu przygotowawczo-zakończeniowego robót, zoptymalizowania kosztów rozwiązań organizacyjnych i technicznych oraz kosztów zaplecza i wydajności pracy sprzętu. W ocenie Zamawiającego, złożone wyjaśnienia nie określały, obiektywnych czynników, które miały bezpośredni wpływ na zaoferowaną przez Protestującego cenę. Przywołane bowiem powyżej, doświadczenie firm wchodzących w skład konsorcjum, rozeznanie poziomu kosztów ogólnych są jedynie kategoriami ogólnymi mogącymi poświadczać zdolność Wykonawcy do wykonania zamówienia. Nie stanowią jednakże zdaniem Zamawiającego podstawy do uznania, iż zaproponowana w ofercie cena nie jest rażąco niska.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż Zamawiającemu znane były ceny jednostkowe określone przez niego w przedmiarze załączonym do oferty, Zamawiający wskazywał, iż w dokumencie tym każda z pozycji przedmiaru i określonych tam cen jednostkowych są kategoriami zagregowanymi, dlatego też nie można odnieść się na ich podstawie do poszczególnych elementów kształtujących cenę oferty Odwołującego.

Zamawiający podkreślał, iż to na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona

zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Natomiast Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, zobowiązany jest we właściwy sposób ocenić złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia.

Zamawiający wykonując swój obowiązek ustawowy uznał, że pismo złożone przez Odwołującego nie wyjaśnia jakie były obiektywne czynniki, wpływające na zaproponowaną przez Konsorcjum BUDUS cenę.

Zamawiający podkreślał, iż nie oczekiwał on przedstawienia konkretnych dokumentów, w tym w szczególności szczegółowego kosztorysu. Jak wynika z treści wezwania, Zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. Jeśli więc, Protestujący przedstawiłby wymagane informacje np. w formie opisowej to zostałyby one ocenione pod względem merytorycznym, nie zaś formy ich przedstawienia.

Zamawiający, odnosząc się do zarzutu zróżnicowania ceny wyjaśnień Odwołującego i Konsorcjum VIG dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, wskazywał, iż treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum VIG zawierała, w jego ocenie, obiektywne czynniki, przedstawione w kosztorysie, pozwalające na dokonanie przez Zamawiającego oceny, iż cena zaoferowana nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazać trzeba, iż wyjaśnienia Konsorcjum VIG były odpowiednio umotywowane i przekonująco potwierdziły, że przedstawiona oferta zawiera cenę właściwą za wykonanie zamówienia. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia te, w odróżnieniu od wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, opierały się na obiektywnych czynnikach, zawierały kosztorys realizacji zamówienia, na podstawie którego możliwa była rzetelna i wiarygodna ocena złożonych wyjaśnień.

W tym stanie rzeczy Zamawiający zobligowany był indywidualnie ocenić poszczególne wyjaśnienia, a w konsekwencji nie mógł nie zróżnicować oceny wyjaśnień złożonych przez obu Wykonawców, gdyż ich treść była zupełnie różna. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie wnikliwej analizy podanych w wyjaśnieniach czynników, co też Zamawiający, w swojej ocenie, uczynił.

Odnosząc się do zarzutów uznania części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty Konsorcjum VIG za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz innych zarzutów z tym związanych, Zamawiający wyjaśniał, że w jego ocenie informacje zawarte w przedstawionym przez tego Wykonawcę kosztorysie są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zamawiający wykazywał, iż zbadał skuteczność dokonanego zastrzeżenia, jak również ocenił zakres informacji

zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum VIG, w wyniku czego jednoznacznie stwierdził, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum VIG faktycznie w świetle zapisów u.z.n.k. stanowią taką tajemnicę.

Stanowisko Przystępującego Konsorcjum VIG:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum BUDUS w przystąpieniach do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i odwoławczego. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych przez Odwołującego Przystępujący podnosił co następuje.

Przystępujący wskazywał, iż dokonane przez Zamawiającego czynności, których prawidłowość kwestionuje Odwołujący, zostały przeprowadzone zgodnie z ustawą Pzp. Podnosił, iż wzywając do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający nie ma obowiązku wskazywać Wykonawcy, jakie dokumenty lub inne dowody należy złożyć - leży to po stronie i w interesie Wykonawcy, który wezwany do złożenia wyjaśnień powinien dążyć do przekonania Zamawiającego, iż jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Obowiązek przeprowadzenia dowodu spoczywa w tym przypadku na Wykonawcy. Tymczasem złożone przez Konsorcjum BUDUS wyjaśnienia oparte zostały na pojęciach ogólnych, które nie mogą stanowić podstawy do uznania, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska.

Przystępujący wyjaśniał, że kosztorys przez niego sporządzony jest informacją posiadającą wartość gospodarczą, określa stawki, stosowane koszty robocizny, wielkość kalkulowanego zysku czy uzyskiwane ceny jednostkowe, tym samym zawiera w sobie informacje o charakterze komercyjnym. Dotyczą one działalności przedsiębiorstwa, która jest związana ze zdobywaniem jak największego rynku, jak największej liczby klientów, a więc wpływają na powiększenie zysku. Dzięki ochronie tych informacji Przystępujący może zwiększyć swoją konkurencyjność. Podkreślał, że wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny są adresowane do Zamawiającego i tylko on jest uprawniony do ich oceny, a nie inny podmiot. Wykazywał on ponadto, iż Zamawiający w sposób prawidłowy uznał zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum VIG.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, uwzględniając również oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, zaprezentowane

w proteście, przyłączeniu do protestu i w przyłączeniu do odwołania, rozstrzygnięciu protestu i w odwołaniu oraz 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 dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia odwołania.

Kolejnym zagadnieniem rozpatrywanym przez Izbę było rozstrzygnięcie czy interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Mają na celu rozstrzygnięcie powołanej kwestii, Izba ustaliła, iż jedynym kryterium oceny oferty w postępowaniu o zamówienia publiczne, którego dotyczy rozstrzygane przez Izbę odwołanie, była cena. Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie zobowiązał się do zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę stanowiącą równowartość kwoty 10 782 453,45 zł brutto, Przystępujący zaś zaoferował cenę równą kwocie 12 994 869,04 zł brutto, tym samym oferta Odwołującego była tańsza od Przystępującego o ponad dwa miliony złotych. Zamawiający postanowił odrzucić ofertę Odwołującego, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Decyzję tę zakwestionował Odwołujący, wnosząc odpowiednio najpierw protest, a następnie odwołanie.

Izba uznała, iż zarzuty podnoszone przez Odwołującego mogą być rozpatrywane przez Izbę, o ile czynności, do których się odnoszą, naruszyły lub mogą naruszyć interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Tym samym, w ocenie Izby, zarzuty odnoszące się do zastrzeżenia przez Przystępującego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączonego do wyjaśnień kosztorysu oraz do związanych z tymże zastrzeżeniem czynności dokonanych przez Zamawiającego, a także przez niego, w ocenie Odwołującego, zaniechanych, jako że odnosiły się one do czynności, których dokonanie lub zaniechanie nie miało bezpośredniego wpływu na możliwość uzyskania przez Odwołującego uzyskania zamówienia, nie powinny być rozpoznawane Izbę. Izba uznała, iż w przedmiotowej sprawie Odwołującemu, wobec zaoferowania ceny niższej niż Przystępujący i wobec odrzucenia przez Zamawiającego złożonej przez niego oferty, na przeszkodzie w uzyskaniu zamówienia stała jedynie czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu złożonej przez niego

oferty. Tym samym nie naruszała interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu przez niego zamówienia czynność oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, który zaoferował wyższą cenę niż Odwołujący. Wystarczającym dla uzyskania zamówienia, w ocenie Izby, w rozpatrywanym przypadku byłoby wykazanie przez Odwołującego braku podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty. Tym samym nie miał on interesu prawnego w kwestionowaniu prawidłowości uznania oferty Przystępującego za najkorzystniejszą, inaczej niż poprzez wykazanie, że jego oferta została sporządzona prawidłowo i nie powinna zostać odrzucona.

Istotnym w tym kontekście, w ocenie Izby, jest również fakt, iż zarzuty nieuprawnionego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp wynikające z kwestionowania przez Odwołującego prawidłowości ustalenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, są zarzutami podniesionymi po terminie, tym samym nie mogą być rozpatrywane przez Izbę. Izba ustaliła, iż Odwołujący otrzymał powołane wezwanie w dniu 10 czerwca 2010 r. i w odpowiednim terminie nie oprotestował czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień, w szczególności jej zasadności w kontekście prawidłowości ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Wprost przeciwnie odpowiedział na to wezwanie, *de facto* uznając w sposób dorozumiany wezwanie Zamawiającego jako uzasadnione. Tym samym, w ocenie Izby, zaakceptował fakt, iż Zamawiający powziął wątpliwości co do wysokości zaoferowanej przez niego ceny. Dlatego też Odwołujący na obecnym etapie postępowania nie posiadał legitymacji do kwestionowania prawidłowości wezwania go w trybie art. 90 ustawy Pzp do złożenia odpowiednich wyjaśnień.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż Odwołujący posiadał interes prawny jedynie w rozstrzygnięciu zarzutów odnoszących się do niewłaściwej oceny złożonych przez niego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, nieuznaniu tych wyjaśnień i w wyniku tego odrzucenia jego oferty. Tym samym w ocenie Izby w zakresie pozostałych zarzutów Odwołujący nie miał interesu prawnego w ich wniesieniu i popieraniu, wobec czego nie były one przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Izba postanowiła jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację przekazaną przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w proteście oraz rozpatrywanych przez Izbę, skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała analizy dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i ustaliła, że Zamawiający w dniu 10 czerwca 2010 r. wezwał Konsorcjum BUDUS do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. W wezwaniu do złożenia wyjaśnień zwrócił uwagę Wykonawcy na to, iż wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny powinny wskazywać na obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny całkowitej, tj. zastosowane stawki robocze, składniki kosztów ogólnych, szacowaną pracochłonność itp., tak, aby możliwa była rzetelna i wiarygodna ocena złożonych wyjaśnień.

W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający w sposób wyraźny lub dorozumiany oczekiwał, iż Wykonawca w odpowiedzi na powołane wezwanie przedstawi mu jako wyjaśnienie odpowiedni kosztorys. Izba uznała za prawdziwe w tym kontekście i znajdujące oparcie w treści powołanego dokumentu, oświadczenie Zamawiającego, iż nie oczekiwał on przedstawienia konkretnych dokumentów, w tym w szczególności szczegółowego kosztorysu. Jak wynika z treści wezwania, Zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny – tym samym w sposób wyraźny wyartykułował, iż zależy mu na merytorycznej treści wyjaśnień. Nie formułował jednocześnie żadnych wymagań co do formy przedstawienia takich wyjaśnień.

Zgodnie z ustaleniami dokonanymi przez Izbę, Odwołujący podnosił, że w wyjaśnieniach odniósł się on do oczekiwań Zamawiającego, opisując możliwości organizacyjne, doświadczenie poszczególnych partnerów konsorcjum, dobór partnerów konsorcjum wzajemnie uzupełniających się w wykonawstwie poszczególnych rodzajów robót do wykonania. Jego wyjaśnienia, w jego ocenie, nakierowane były na wypełnienie oczekiwań Zamawiającego poprzez wskazanie na niektóre ważne (zawarte w tabeli elementów scalonych) rodzaje robót, które może on wykonać znacznie taniej niż przewidział to Zamawiający szacując cenę zamówienia.

Izba podzieliła w tym zakresie pogląd wyrażony przez Zamawiającego, iż to na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Natomiast Zamawiający, działając na podstawie art. 90 pkt. 2 ustawy, zobowiązany jest we właściwy sposób ocenić złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia.

W rozpatrywanym przypadku Odwołujący w ogóle nie przedstawił sposobu w jaki sposób dokonano kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazać należy, iż sam Odwołujący wskazywał, że aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen. Posiadając wiedzę o tym, co powinny zawierać wyjaśnienia, aby Zamawiający mógł uznać je za prawidłowo sporządzone, Odwołujący nie wykorzystał jej składając wyjaśnienia zawierające ogólną argumentację o sytuacji gospodarczej Odwołującego, która *de facto* nie jest jakąś szczególną sytuacją odróżniającą ten podmiot w sposób wyraźny od innych występujących odpowiednio długo na rynku.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż Zamawiającemu znane były ceny jednostkowe określone przez niego w przedmiarze załączonym do oferty, Zamawiający wskazywał, iż w dokumencie tym każda z pozycji przedmiaru i określonych tam cen jednostkowych są kategoriami zagregowanymi, dlatego też nie można odnieść się na ich podstawie do poszczególnych elementów kształtujących cenę oferty Odwołującego. Izba uznała zasadność argumentacji Zamawiającego w tym zakresie, przyjmując, iż to na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Powinien on dążyć do przekonania Zamawiającego, iż jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. W rozpatrywanym przypadku w ocenie Izby Odwołujący konstruując wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oparł się na terminach o dużym stopniu ogólności, nie popierając ich jednocześnie danymi w oczywisty sposób uzasadniającymi zastosowanie zaoferowanej niskiej ceny.

Uwzględniając powołane ustalenia, Izba za zasadne uznała twierdzenie Zamawiającego, że złożone wyjaśnienia nie określały, obiektywnych czynników, które miały bezpośredni wpływ na zaoferowaną przez Odwołującego cenę.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku – orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uwzględniając w tym względzie uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonego w toku rozprawy rachunku do akt sprawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....