

**Sygn. akt: KIO 779/15**

**Wyrok**

**z dnia 4 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zisco Sp. z o.o. Sp. K., Zisco Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. F. B., ul. Zjednoczenia 11, 43-250 Pawłowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Jaworze – Urząd Gminy Jaworze, ul. Zdrojowa 82, 43-384 Jaworze**

przy udziale wykonawcy **Centrum Nowoczesnych Technologii S.A., ul. Partyzantów 11, 41-200 Sosnowiec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców **Zisco Sp. z o.o. Sp. K., Zisco Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. F. B., ul. Zjednoczenia 11, 43-250 Pawłowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Zisco Sp. z o.o. Sp. K., Zisco Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. F. B., ul. Zjednoczenia 11, 43-250 Pawłowice** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.1. zasądza od **Zisco Sp. z o.o. Sp. K., Zisco Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. F. B., ul. Zjednoczenia 11, 43-250 Pawłowice** na rzecz **Gminy Jaworze – Urząd Gminy Jaworze, ul. Zdrojowa 82, 43-384 Jaworze** kwotę

**3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Jaworze ul. Zdrojowa 82 43 - 384 Jaworze prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „ETAP V - Budowa Kanalizacji Sanitarnej w Gminie Jaworze”, nr postępowania GI.271.1.2015

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: Zisco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Pawłowicach (pełnomocnik wykonawców) oraz Zisco Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. F. B. w Pawłowicach wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty w toku postępowania.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, która zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wybrany wykonawca nie udowodnił w żaden sposób braku rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie. Oferta Odwołującego, zgodna z postanowieniami SIWZ, została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W przypadku, gdyby Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, do której był zobowiązany - oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CENTRUM NOWOCZESNYCH TECHNOLOGII S.A, ul. Partyzantów 11, 41-200 Sosnowiec, dalej również „wykonawca CNT” lub „Wykonawca” wskutek przyjęcia, że Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są niezwykle lakoniczne, ogólne i nie obrazują w sposób wystarczający m.in. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków zamówienia dostępnych tylko dla Wykonawcy, kosztów pracy, a także pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów oraz nie zawierają żadnych dowodów odnoszących się do tych okoliczności, a zatem nie mogą być uznane za dowód braku rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy;
- art. 90 ust. 2 Pzp poprzez bezpodstawnie przyjęcie, że wykonawca CNT wypełnił obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiające się w równym

potraktowaniu oferty Odwołującego, którego oferta w pełni odpowiadała treści SIWZ, oraz wykonawcy CNT, którego oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na potwierdzenie rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie;

- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego,
- innych przepisów wynikających pośrednio i bezpośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenie oferty Centrum Nowoczesnych Technologii S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Szacunkowa wartość zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 8 885 641,15 zł, przy czym zamówienie to jest częścią większego zamówienia, a Zamawiający prowadzi je w procedurze powyżej progów unijnych.

Pismem z dnia 31.03.2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę CNT do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że oferta Wykonawcy, jako niższa o ponad 39% od wartości zamówienia, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków zamówienia dostępnych wykonawcy, kosztów pracy (których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę), a także pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający podkreślił, że Wykonawca powinien złożyć wraz z wyjaśnieniami dowody na przywoływane okoliczności, a ponadto, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

W odpowiedzi, w dniu 07.04.2015 r. wykonawca CNT złożył wyjaśnienia liczące (bez załącznika) 3 strony, gdzie treść wyjaśnień sensu stricto obejmowała ok. 1 (jedną) stronę formatu A4. Wykonawca bardzo ogólnie i niezwykle lakonicznie powołał się na doświadczenie w wykonywaniu „robót specjalistycznych kanalizacyjnych”, wykonaniu

zamówienia dla Gminy Ujsoły, oraz na „duże doświadczenie wykonawcze” pozwalające wypracować własne cenniki. Ponadto Wykonawca zwrócił uwagę na fakt „szerokiej kooperacji z producentami oraz hurtownikami materiałów i urządzeń” posiada „ceny specjalne z dużymi rabatami na kupowany asortyment”. Dodatkowo lakonicznie Wykonawca odniósł się do kosztów robocizny (podał jedną uśrednioną stawkę dla wszystkich pracowników), cen materiałów, kosztów sprzętu (wskazanie na „koszt rzeczywisty” pracy sprzętu) oraz kosztów ogólnozakładowych („na minimalnym pułapie) i spodziewanego zysku („na niskim pułapie 5%). Do wyjaśnień Wykonawca dołączył dokument pn. „Szczegółowe zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu”.

W dniu 8.04.2015 r. Zamawiający przesłał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta nr 4 złożona przez ww. Wykonawcę pn.: „CENTRUM NOWOCZESNYCH TECHNOLOGU SA. z siedzibą w Sosnowcu. Cena oferty brutto wynosi 5.418.458,34zł. Okres gwarancji jakością na roboty budowlane i materiały wynosi 72 miesiące. Oferta złożona przez Wykonawcę spełnia wymogi określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie podlega odrzuceniu oraz uzyskała najwyższą ilość punktów obliczoną wg kryteriów określonych w SIWZ, tj. 100,00pkt”

I. Po nowelizacji ustawy pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r., zmieniającej treść art. 90 Pzp i rozkład ciężaru dowodu w zakresie ustalenia rażąco niskiej ceny w ofercie, to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień ciąży obowiązek udowodnienia, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia; wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp tworzy domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy. Obowiązująca od dnia 19 października 2014 r. konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 ustawy Pzp pozwala na postawienie tezy, iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Ciężar wykazania, iż tak nie jest spoczywa na wykonawcy, co obecnie wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca może wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień.

W wyroku KIO 439/15, wskazano, iż: Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywał na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień, w tym przypadku na przystępującym. Przystępujący uchylając się od złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie sprostął temu obowiązkowi. Ponieważ nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia należało stwierdzić, że zaoferował zamawiającemu taką właśnie cenę. W konsekwencji oferta przystępującego powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp oraz

art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czego jednak zamawiający zaniechał. Zarzut naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów należało zatem uznać za zasadny.

Wyrok KIO 343/15 z dnia 9 marca 2015 r.: Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena jednostkowa za pełnienie dyżuru nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego, zwłaszcza tak szczegółowo sformułowane, jak w tym postępowaniu. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego.

Jednak wezwanie w każdym przypadku nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający oceniając czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały. Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma "wyjaśnieniami" czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP262/09).

Obecnie dominująca teza była prezentowana również w starszych orzeczeniach KIO oraz sądów okręgowych:

W wyroku z dnia 24.06.2010 roku (KIO/UZP 1157/10) Izba stwierdziła, iż „wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy”.

Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej obciąża Wykonawcę (tak Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 01.04.2005 r., VI Ca 464/05).

Wykonawca powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i powinien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę (wyr. KIO z 26.01.2010 r., KIO/UZP 1701/09, niepubl.).

II. Wykonawca CNT w złożonych wyjaśnieniach NIE UDOWODNIŁ, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Wyjaśnienia wykonawcy CNT są niezwykle ogólne i lakoniczne i nie mogą stanowić dowodu braku rażąco niskiej ceny w ofercie tego wykonawcy.

Po pierwsze, ustawodawca, nadając wyjaśnieniom udzielonym przez Wykonawcę znaczną doniosłość prawną ustalił jednocześnie w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp elementy, które w znacznym stopniu wpływają na ocenę, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Elementy te zostały podane przykładowo, co oznacza, że wyjaśnienia mogą zawierać też inne elementy tłumaczące wysokość zaproponowanej ceny.

Wykonawca CINTT w złożonych wyjaśnieniach nie odniósł się w zasadzie w ogóle do wskazanych wyraźnie przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 31.03.2015 r. elementów tj.:

- 1) oszczędności w zakresie metody wykonania zamówienia;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych;
- 3) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych temu wykonawcy
- 4) kosztów pracy
- 5) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Tymczasem w doktrynie wskazuje się, że „elementy wymienione w ustawie mają jednak charakter niemalże obligatoryjny i wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien odnieść się do wszystkich tych elementów” (Jerzy Pieróg, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz; C.H.BECK, Warszawa 2015).

Po drugie - Wykonawca powołał się ogólnie na elementy dostępne KAŻDEMU wykonawcy ubiegającego się o udzielenie niniejszego zamówienia, bowiem:

- KAŻDY z wykonawców, spełniający warunki udziału w postępowaniu, musi posiadać doświadczenie w wykonywaniu zamówień analogicznych do przedmiotowego zamówienia
- KAŻDY z wykonawców dysponuje własnymi cennikami wykonania robót;
- KAŻDY z wykonawców posiada własną sieć producentów i hurtowników materiałów i urządzeń, dzięki którym może uzyskiwać rabaty na kupowany asortyment.

Należy wskazać, że zaoferowanie niskiej ceny usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego Wykonawcy, ale muszą mieć one charakter

obiektywny. Nie może to być polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy czynniki muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego Wykonawcy.

Oznacza to, że Wykonawca podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na wyjaśnieniu, jakim sposobem ten właśnie Wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen.

Istotne jest, aby Wykonawca wykazał, że dzięki temu może różnić się od innych Wykonawców, którym takie akurat czynniki nie są dostępne. "Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny" ( Jerzy Pieróg, op. cit.).

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5.01.2007 (V Ca 2214/06) nie można powoływać się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z Wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla Wykonawcy proponującego niską cenę.

Po trzecie - ze złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień nie wynika:

- w jaki sposób zamówienie wykonane na rzecz gminy Ujsoły, które nie może być uznane za w pełni porównywalne z przedmiotowym zamówieniem, pozwala Wykonawcy skalkulować cenę jego oferty na znacznie niższym poziomie
- jakie są stawki wynagrodzeń przewidziane dla poszczególnych pracowników Wykonawcy, w szczególności czy jakie są najniższe stawki tych wynagrodzeń (wobec średniej stawki 12,00 zł/h) i czy nie są one niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę);
- co oznaczają i na jakiej podstawie zostały oszacowane „koszty rzeczywiste” pracy sprzętu
- co zawierają „koszty ogólnozakładowe” i co oznacza oszacowanie ich na „minimalnym pułapie”.

Po czwarte - Wykonawca w formularzu ofertowym w pkt. II zadeklarował, że zamierza zlecić część przedmiotu zamówienia podwykonawcom w następującym zakresie:

- „1) roboty drogowe i odtworzeniowe -33% wartości zamówienia podzleconego
- 2) przewiertki i przeciski -3% wartości zamówienia podzleconego
- 3) roboty instalacyjne w zakresie instalacji kanalizacyjnych - 49 % wartości zamówienia podzleconego”



Łącznie Wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom 85 % wartości zamówienia (ceny jego oferty). Tylko 15 % robót Wykonawca zamierza wykonać samodzielnie. Jednocześnie Wykonawca nie załączył jako dowodów ani ofert ani umów z podwykonawcami (przed wstępnymi, z których wynikałaby cena zaoferowana przez nich robót budowlanych).

Wykonawca podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na wyjaśnieniu, jakim sposobem ten właśnie Wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen.

III. Wykonawca CNT w złożonych wyjaśnieniach przywołuje całkowicie nieadekwatne w przedmiotowym stanie faktycznym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Po pierwsze, nieadekwatne jest powoływanie się przez wykonawcę CNT na wyrok KIO/UZP 72/10, bowiem dotyczył on zasadności czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a nie oceny samych wyjaśnień. Jeżeli Wykonawca chciałby zakwestionować samą czynność wezwania do wyjaśnień, powinien złożyć odwołanie do Prezesa KIO. Na obecnym etapie wszelkie argumenty dotyczące samego wezwania należy uznać za spóźnione.

Natomiast powoływanie się przez Wykonawcę na wyroki KIO/UZP 1718/09 oraz KIO/UZP 952/09, jest nieadekwatne do obowiązującego, na mocy nowelizacji przepisów ustawy Pzp z 29.08.2014 roku art. 90 ust.2 który wprost stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. W obecnym stanie prawnym wyjaśnienia Wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej obciąża Wykonawcę, co potwierdza m.in. wyrok KIO 439/15 z 18 marca 2015 r.

IV. Wybór oferty wykonawcy CNT, który złożył niewystarczające wyjaśnienia ws. rażąco niskiej ceny, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Zamawiający w piśmie z 8 kwietnia 2015 roku uzasadniając odrzucenie na podstawie art.89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp oferty złożonej przez Firmę Budowlaną WULKAN P. P., Jaroszwice 1, 34-100 Wadowice z ceną oferty 4.647.000,00 zł (niższej o 48 % od wartości zamówienia) napisał: „ (...)Wykonawca nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Wykonawca pomimo ciężącego na nim obowiązku, nie wskazał, jakie elementy miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonał ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niską. Należy przy tym zauważyć, że Wykonawca wskazał koszty pośrednie na poziomie 50 %, podczas, gdy KNR koszty te określa się na poziomie 66 %. (...) Wykonawca podał jedynie, że dzięki długiej kooperacji z producentami oraz hurtownikami materiałów i urzędzeń nasza firma posiada

ceny z dużymi rabatami na kupowany asortyment(..)" Powyższe stwierdzenie jest zbyt ogólnikowe nie poparte żadnymi dowodami

Należy pokreślić, że Wykonawca „CENTRUM NOWOCZESNYCH TECHNOLOGII S.A z siedzibą w Sosnowcu przy ul. Partyzantów 11 również, tak jak Wykonawca Firma Budowlana WULKAN P. P., Jaroszwice 1. 34-100 Wadowice pomimo ciążącego na nim obowiązku, nie wskazał. jakie elementy miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonał ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. a w szczególności nie przedstawił dowodów w postaci informacji o cenach ofert podwykonawców, których udział w przedmiotowym zamówieniu stanowi aż 85 % wartości ceny oferty.

Zamawiający miał obowiązek, zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców odrzucić ofertę Wykonawcy CNT.

Jerzy Pieróg w cytowanym Komentarzu dokonując wykładni prawnej art.7 ust. 1 ustawy Pzp, słusznie podnosi, iż „ od wszystkich wykonawców należy egzekwować wymagania na tych samych warunkach i w ten sam sposób. Zasada nie pozwala faworyzować ani dyskryminować wykonawców z jakiegokolwiek powodu(...). Jej przestrzeganie (art.7 ust 1) polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w takiej samej lub podobnej sytuacji. Zamawiający jest związany wymaganiami postawionymi wykonawcom i przy ocenie musi stosować te same kryteria wobec nich"

V. Wybór oferty wykonawcy CNT jest sprzeczny z ratio legis art. 90 ustawy Pzp

Przepis ten ma zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Ma gwarantować Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami Wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych przypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis ma chronić rzetelnych Wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu trudno uznać za profesjonalny podmiot wykonawcę CNT, którego wyjaśnienia wypełnione są ogólnymi sformułowaniami. Poprzez udzielenie zamówienia temu Wykonawcy, pokrzywdzony zostanie Odwołujący, który jako rzetelny wykonawca złożył ofertę w pełni odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego.

Autor poradnika „PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. Komentarz” S. Babiaryz na stronie 429 za słuszne uznał stanowisko, iż przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień, które są niepełne lub niejasne, albo nie na temat, stanowi naruszenie art. 90 ust.3 Pzp.

Podsumowując - w niniejszej sytuacji Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy CNT. Zaniechanie tego obowiązku prowadzi do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

W złożonym piśmie procesowym odwołujący odniósł się do treści wyjaśnień przystępującego złożonych na wezwanie zamawiającego. Stwierdził, że wyjaśnienia przystępującego nie korespondują z treścią oferty. Wskazał na zestawienie materiałów ulicy Olszynowej poz. 4 i 5 oraz Bielskiej poz. 5 do 8 i wskazał na niedoszacowanie wartości w stosunku do tych pozycji w ofercie (poz. 7.1.5, 7.1.7 i 7.1.8 na str 62 oferty) oraz w załączniku nr 1 powołanym w piśmie. Wskazał na zaniżenie cen materiałów. Podkreślił zaniżenie cen maszynogodzin dla sprzętu wobec faktu, że przystępujący nie dysponuje własnym sprzętem. Wskazał także na pozycje rura PCV 630 mm, dla której cena realna i minimalna wynosi 474zł/m, natomiast przystępujący podał cenę 391zł/m (ulica Bielska poz. 24). Wskazał na swój wywód z pisma dotyczący kalkulacji jako dokumentu stanowiącego oświadczenie wykonawcy nie będące dowodem, o którym mowa w art 90 PZP. Stwierdził, że w ofercie podano zaniżoną cenę inspekcji kamerą, co do której zresztą brak w ogóle jest wyjaśnień. Cena w ofercie (poz. 7.1.24, 7.1.25 str 56) wynosi 3,94zł/m, natomiast w ocenie odwołującego najniższa realna cena to 4,95zł/m. Wskazał na cytaty SIWZ pkt 13.2 na str 5 złożonego pisma i stwierdził, że w wyjaśnieniach przystępującego brak jest informacji dotyczących ceny elementów opisanych w powołanym fragmencie SIWZ. Zauważył ponownie, że w wyjaśnieniach nie uwzględniono kosztów pośrednich, które według dostępnych publikacji wynoszą średnio 17% w inwestycjach infrastrukturalnych. Wskazał na dokonane w piśmie na str. 6 i następnym porównanie ze sprawą rozstrzyganą przed KIO, gdzie nie uwzględniono relatywnie obszernych wyjaśnień wykonawcy. Przypomina treść wezwania zamawiającego z zawartym wymogiem przedstawienia dowodów. Stwierdza, że zamawiający wypowiedział kontrakt na etap 3 inwestycji wykonawcy Ekomeks, który zaoferował najniższą cenę. Stwierdza, że w złożonym piśmie procesowym zawarł argumentację na poparcie zarzutu odwołania o braku właściwych wyjaśnień, braku dowodów w wyjaśnieniach i niewłaściwej ich oceny przez zamawiającego.

Zauważa, że informacje zawarte w piśmie złożonym przez przystępującego na rozprawie powinny być zawarte w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu. Wskazał także na daty ofert cenowych załączonych do pisma. Stwierdził, że koszty pracy (robocizna) w

inwestycjach infrastrukturalnych stanowią średnio ok. 8%. Zauważył, że przystępujący to w istocie pośrednik, który deklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia w 85% w oparciu o podwykonawców, co może jednocześnie wskazać na niespójność przedstawionych ofert adresowanych bezpośrednio do niego. Wskazał na ciężar dowodu obciążający w tym postępowaniu przystępującego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wniósł o nieuwzględnienie złożonego przez odwołującego pisma procesowego jako zawierającego nowe zarzuty nie wskazane w odwołaniu, to jest spóźnione. Zakwestionował walor dowodowy treści zawartych we wskazanym piśmie i stwierdził, że własne wyliczenia odwołującego nie mają znaczenia do dokonania oceny w sprawie.

Wskazał na doświadczenie własne z poprzednich etapów inwestycji, w których za relatywnie niższe ceny z powodzeniem zrealizowano zadania. Stwierdził, że w etapie 4 o porównywalnej długości sieci, to jest mogącym być uznany za w pełni odpowiadający zakresem niniejszemu przedmiotowi zamówienia wynagrodzenie wykonawcy stanowiło ok. 3 500 000zł netto.

Zauważył, że obaj wykonawcy, to jest odwołujący i przystępujący, składali zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące ceny i stwierdził, że wyjaśnienia odwołującego w rzeczywistości zawierały mniej informacji, w tym brak było informacji, których brak zarzuca się przystępującemu, to jest np. roboczegodzina, zysk, koszty pośrednie. Przypomniał, że zgodnie z pkt 13 SIWZ cena w tym postępowaniu jest ryczałtowa i stwierdził, że różnice cen między poszczególnymi ofertami, z jednym wyjątkiem, są niewielkie i nie przekraczają 10%. Przypomniał, że przystępujący wskazał na koszt roboczegodziny w wysokości 12 zł, co oznacza wielkość wyższą od minimalnego wynagrodzenia, a ponadto odniósł się także do pozostałych elementów cenotwórczych.

Stwierdził, iż ceny wskazywane przez odwołującego jako zaniżone w rzeczywistości są realne i rynkowe. Stwierdził także, że koszty sprzętu dzierżawionego nie muszą być wyższe niż ponoszone z użyciem własnego sprzętu. Wskazał na zawartość wyjaśnień przystępującego i fakt szczegółowego ich badania. Zauważył, że w ofercie wybranej koszty pracy stanowią ok. 13%.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Złożył pismo procesowe wraz z załącznikami, które zawierają oferty cenowe dostawców i udostępniających sprzęt. Zauważył, że różnica jego ceny i ceny odwołującego wynika głównie z cen rur i studni, dlatego przedstawił jego możliwości pozyskania tych elementów za ceny zadeklarowane w ofercie i wyjaśnieniach. Podkreślił realność zaoferowanej ceny i stwierdził, że ceny rynkowe

robót liniowych są z reguły znacznie niższe od oszacowań dokonywanych przez zamawiających, także więcej niż 30%.

Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty odwołującego i złożone wyjaśnienia przez przystępującego dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej rażąco niskiej ceny tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w nowym brzmieniu, mającym zastosowanie do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej m. in. Przystępującego i Odwołującego. W treści wezwania zamawiający wskazał, że podjął wątpliwość co do zaproponowanej przez przystępującego ceny oferty (5.418.458,34 zł), która wydaje się rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia (8.885.641,15 zł) i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Wskazał, że cena oferty jest niższa o ponad 39% od wartości zamówienia. W treści wezwania przytoczono brzmienie art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca wskazał na swoje doświadczenie w branży budowlanej, w tym w zakresie kalkulacji robót, szeroką kooperację z producentami i hurtownikami materiałów i urządzeń, dostęp do specjalnych rabatów na kupowany asortyment, przedstawił stawkę przyjętej roboczogodziny i zakładanego zysku. Wykonawca stwierdził m. in. że dokonał kalkulacji ceny zgodnie z zapisami siwz, a ceny ofert najkorzystniejszych na roboty budowlane w tegorocznych przetargach na tożsame zadania kształtują się średnio na poziomie 42-55% kosztorysów inwestorskich. Przypomniał, że w postępowaniu przyjęto zaoferowanie ceny ryczałtowej tj. całkowitego wynagrodzenia za przekazany opis przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach przedstawił szczegółowe zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu.

Odnosząc się do treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, Izba uznała, że wykonawca ten zgodnie ze spoczywającym na nim ciężarem dowodu wynikającym z art. 90 ust. 2 ustawy pzp wykazał zamawiającemu, że jego

cena za realizację przedmiotu zamówienia jest realna. Wyjaśnienia te nie są lakoniczne i ogólne, jak twierdzi odwołujący. Są to wyjaśnienia wykazujące koszty związane z realizacją zamówienia jakie poniesie obejmujące kosztorysowe pozycje materiałowe, koszty robocizny i poziomu zakładanego zysku.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Odwołującego w toku rozprawy na poparcie zarzutów odwołania, Izba zauważa, że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie precyzował, jakie elementy cenotwórcze budzą jego wątpliwości, co prowadzi do wniosku, że na wykonawcy spoczywa sposób i zakres wyjaśnień z uwzględnieniem ustawowo określonego ciężaru dowodu na nim spoczywającego. Jak wyżej wskazano, zamawiający prawidłowo ocenił otrzymane wyjaśnienia. Prawidłowość tej oceny potwierdzają złożone przez przystępującego dowody potwierdzające realność zaoferowanej ceny, w szczególności co do możliwości pozyskania materiałów oraz sprzętu niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:**

.....