

Sygn. akt: KIO/657/11

**WYROK**  
**z dnia 11 kwietnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 marca 2011 r. przez konsorcjum firm: **Wałbrzyska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., 58-309 Wałbrzych, ul. Wrocławska 5, Zakład Projektowania „PROJEKT” Wojciech Specylak, 58-306 Wałbrzych, ul. Uczniowska 21, Consulting Management&Development CMD – Marek Dziurkowski, 02-796 Warszawa, ul. Bronikowskiego 27**, wobec czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, 25-384 Kielce, ul. Prendowskiej 7**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje odrzucenie oferty złożonej przez Juliana Kołosowskiego i Menedżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Spółka Jawna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.**
2. **Kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, 25-384 Kielce, ul. Prendowskiej 7 nakazuje**
  - a) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez konsorcjum firm: Wałbrzyska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., 58-309 Wałbrzych, ul. Wrocławska 5, Zakład Projektowania „PROJEKT” Wojciech Specylak, 58-306 Wałbrzych, ul. Uczniowska 21, Consulting**

**Management&Development CMD – Marek Dziurkowski, 02-796 Warszawa, ul. Bronikowskiego 27,**

- b) zasądza od **Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach, 25-384 Kielce, ul. Prendowskiej 7** na rzecz konsorcjum firm: **Wałbrzyska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., 58-309 Wałbrzych, ul. Wrocławska 5, Zakład Projektowania „PROJEKT” Wojciech Specylak, 58-306 Wałbrzych, ul. Uczniowska 21, Consulting Management&Development CMD – Marek Dziurkowski, 02-796 Warszawa, ul. Bronikowskiego 27** koszty w wysokości 18.634 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści cztery złotych zero groszy) poniesione przez stronę w związku z wpisem od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz opłatą skarbową od pełnomocnictw.

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach na *pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu (nadzoru inwestorskiego) dla inwestycji pn. „Budowa węzła drogowego u zbiegu ulic: Armii Krajowej, Żelaznej, Grunwaldzkiej, Żytniej w Kielcach*, wobec czynności i zaniechań zamawiającego, konsorcjum firm: Wałbrzyska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., Zakład Projektowania „PROJEKT” Wojciech Specylak, Consulting Management & Development CMD – Marek Dziurkowski (dalej zwani odwołującym), wniosło w dniu 28 marca 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO/657/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 marca 2011 r. faksem. O czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odwołujący został powiadomiony w dniu 18 marca 2011 r.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy będące wynikiem zaniechania udostępnienia wyjaśnień wybranego wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zaniechaniu odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu i zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego, będącej najkorzystniejszą.

Odwołujący uznał, iż zamawiający nie był uprawniony do odmowy udostępnienia wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę, składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i dotyczących sposobu ustalenia ceny, jako dotyczących elementów oferty, które nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. ceny ofertowej, kosztorysów, cen jednostkowych i składowych kalkulacji stanowiących podstawę obliczenia ceny. Odwołujący wskazał, iż w ofercie wybrany wykonawca nie zastrzegł, jako tajemnicy przedsiębiorstwa żadnych informacji i dokumentów zawartych w ofercie, co jest warunkiem niezbędnym dla wypełnienia przesłanek, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy dla skutecznego utajnienia treści oferty. Opierając się na orzecznictwie sądów powszechnych, dowołujący wskazał na te elementy oferty, które nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i dotyczące informacji ujawnianych przez zamawiającego w czasie otwarcia ofert (art. 86 ust. 4 ustawy), którymi są: nazwa (firma) oraz adres (siedziba) wykonawcy, informacje dotyczące ceny oferty, terminu wykonania zamówienia publicznego, okresu gwarancji, warunków płatności zawartych w ofercie –

kosztorysy, ceny jednostkowe i składowe kalkulacji stanowiące podstawę obliczenia ceny. Skoro wskazane elementy nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, to zdaniem odwołującego, zastrzeżeniem tajności nie mogą być objęte wyjaśnienia składane w trybie art. 91 ust. 1 ustawy, dotyczące sposobu ustalenia ceny. Odwołujący zarzucił zamawiającemu niewłaściwą ocenę zastrzeżenia informacji przez wybranego wykonawcę i bezpodstawną odmowę udostępnienia wyjaśnień.

W ocenie odwołującego, wybrana oferta zawiera cenę rażąco niską (349.320,00 zł brutto), grożącą niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Kwota za jaką wykonawca zamierza wykonać usługę nie tylko nie zapewni zysku, ale jest nierealna w aktualnych warunkach rynkowych i nieadekwatna do zakresu prac składających się na przedmiot zamówienia i znacząco odbiega od cen stosowanych na rynku przez tego samego zamawiającego i wykonawcę. W oparciu o treść odpowiedzi zamawiającego, który wskazał, iż w wyjaśnieniach zawarte są informacje organizacyjne oferenta mające wpływ na kalkulację cen oferowanych usług, odwołujący domniemał, iż chodzi o takie okoliczności, jak bliska odległość nadzorowanej dla tego samego zamawiającego budowy, wykorzystanie do obsługi przedmiotowej inwestycji personelu zatrudnionego u wybranego wykonawcy na innej budowie znajdującej się w bliskiej odległości od przedmiotowego zadania. Argumentacja ta, w ocenie odwołującego nie mogłaby uzasadniać różnicy w cenach, skoro zamawiający wymagał od wszystkich wykonawców, np. stałej, codziennej obecności personelu na terenie budowy i co do zasady wszyscy oferenci musieli uwzględnić w kalkulacji takie same warunki do spełnienia. Zaoferowana przez wybranego wykonawcę ceną stanowi zaledwie 13 % kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (2.658.381,45 zł.), a w stosunku do drugiej oferty – odwołującego, stanowi 41 % jej ceny, co oznacza, że zamówienie musiałoby zostać wykonane w taki sposób, aby zaoszczędzić koszty na poziomie 60% w stosunku do oferty odwołującego. Wartość robót – nadzoru Inżyniera w stosunku do wartości robót (71.270.751 zł.) wynosiłaby 0,49%. Odwołujący odwołał się do kwoty zamówienia udzielonego temu samemu wykonawcy przez tego samego zamawiającego w 2010 r., na usługę Inżyniera, w wysokości 862.540 zł. (1,96% wartości budżetu inwestycji) oraz do wartości innych zamówień na pełnienie funkcji Inżyniera stanowiących kwotę odpowiadającą 1,26% (dla inwestycji pn. „Rozwój systemu komunikacji publicznej w Kieleckim Obszarze Metropolitalnym”). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający precyzyjnie opisał okoliczności, jakie wykonawcy mieli uwzględnić dla kalkulacji ceny oferty wskazując między innymi na okres czasu, przez jaki usługa może być realizowana, a także zakres prac, a także koszty sprzętu (odpisy amortyzacyjne za okres używania sprzętu). Odwołujący odniósł się do własnych wyjaśnień, w których koszty świadczonej usługi w okresie 26 miesięcy z uwzględnieniem wszystkich wymaganych zadań i obowiązków Inżyniera odwołujący wyliczył na łączną kwotę 771 tys. zł. brutto. Przyjęta przez wybranego

wykonawcę cena, zdaniem odwołującego uwzględnia zaledwie 45 % skalkulowanych kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, wykonanie usługi za kwotę przyjętą w wybranej ofercie będzie oznaczało, wykonanie usługi na niższym poziomie, nie odpowiadającym wymogom zamawiającego, lub wykonanie za cenę skalkulowaną poniżej kosztów, co z kolei byłoby sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji. Odwołujący podsumowując stwierdził, iż nie jest możliwe wykazanie, że cena zawarta w ofercie wybranego wykonawcy nie jest rażąco niska, a złożone wyjaśnienia nie zostały ujawnione odwołującemu, stąd też nie można przyjąć, że istnieją jakieś obiektywne przesłanki i okoliczności, których odwołujący nie mógł przewidzieć (w ramach „informacji organizacyjnych oferenta”), a które potwierdzałyby możliwość wykonania usługi za cenę 349.320,00 zł. brutto.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z zachowaniem zasady jawności postępowania, a następnie dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Izba na posiedzeniu dokonała sprawdzenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez występujących wspólnie w postępowaniu, Juliana Kołosowskiego oraz Menedżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Spółka Jawna. Dla skutecznego zgłoszenia przystąpienia konieczne jest wypełnienie przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła, iż konsorcjum nie dochowało ustawowego terminu 3 dni dla zgłoszenia przystąpienia w jednej z form przewidzianych przepisem art. 185 ust. 2 ustawy. Jak ustalono w oparciu o dokumentację postępowania, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego otrzymał od zamawiającego pismo wzywające do wzięcia udziału w postępowaniu wywołanym odwołaniem wraz z kopią tego odwołania w dniu 30 marca 2011 r.

faksem. Licząc od tej daty wykonawca mógł w terminie 3 dni zgłosić przystąpienie, które doręczane jest Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym. Termin ten upływał w dniu 2 kwietnia 2011 r. (sobota). Przystąpienie w formie pisemnej zostało doręczone Prezesowi Izby w dniu 4 kwietnia 2011 r. Uprzednie zgłoszenia przystąpienia w dniu 1 kwietnia 2011 r. nie mogło wywołać skutku dla uznania go skutecznym, gdyż zostało dokonane drogą faksową. Dla wypełnienia przesłanek ustawowych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego konieczne jest spełnienie łączne przesłanek wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy, tj. terminu do zgłoszenia przystąpienia, formy oraz przesłanie kopii przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przesłanie do Prezesa Izby w terminie 3 dni faksem zgłoszenia przystąpienia nie czyniło zadość wymaganiom ustawowym i musiało skutkować uznaniem przez Izbę nieskuteczności takiego przystąpienia do postępowania odwoławczego i brakiem dopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika konsorcjum firm zawiązanego przez Juliana Kołosowskiego oraz Menedżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Spółka Jawna. Wymogu ustawowego doręczenia Prezesowi Izby oświadczenia o przystąpieniu nie spełniało nadanie przystąpienia w placówce pocztowej operatora publicznego, co w przedmiotowej sprawie miało miejsce w drugim dniu terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie zasady doręczenia, co oznacza, iż przystąpienie musi fizycznie wpłynąć do organu w terminie przewidzianym na dokonanie czynności procesowej. Ustalone w toku posiedzenia okoliczności nie budziły wątpliwości i wskazywały, iż doręczenie przystąpienia Prezesowi Izby nastąpiło 5 dnia, licząc od daty, w której wykonawca otrzymał kopię odwołania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

W zakresie zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie Izba uznała odwołanie za zasadne.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, wybór oferty innego wykonawcy prowadzi do powstania szkody po stronie pozostałych uczestników

postępowania w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem ofert i ich udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była pierwszą w kolejności, za wybraną, ofertą najtańszą, ustalenie, iż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do uchylecia tej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Zaniechanie udostępnienia odwołującemu pisma wybranego wykonawcy zawierającego wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mogło uniemożliwić wykonawcy skuteczne skorzystanie z środków ochrony prawnej i realne dochodzenie praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym doprowadzenie do wyboru swojej oferty.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba po rozważeniu ustalonego stanu faktycznego, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, doszła do przekonania, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Istotnym z punktu widzenia ustalenia wpływu na wynik postępowania miało stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę tej oferty. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływu lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Samo zaniechanie udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień wybranego wykonawcy pozostawało bez wpływu na ocenę prawidłowości oceny zamawiającego. Stwierdzenie, iż zamawiający nie był uprawniony do odmowy udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, tj. na wybór oferty najkorzystniejszej. Zaniechanie to stanowiło utrudnienie dla odwołującego, na którym spoczywał ciężar dowodu okoliczności, z których wywodził konsekwencje prawne w postaci żądania odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zatem dopiero potwierdzenie zasadności zarzutu dotyczącego wyboru oferty podlegające odrzuceniu miało znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż oferta wybrana złożona przez konsorcjum firm w składzie: Julian Kołosowski oraz Menedżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Spółka Jawna, podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Ocena zamawiającego w przedmiocie wypełnienia wskazanej przesłanki do odrzucenia oferty nie może być dokonana w oderwaniu od oceny wyjaśnień wykonawcy składanych w trybie art. 90 ustawy. Regulacja zawarta w art. 90 ust. 3 ustawy stanowi dopełnienie przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, co wynika ze wzajemnego powiązania tych przepisów. W ocenie Izby, nie może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy bez uprzedniego wszczęcia postępowania wyjaśniającego uregulowanego w kolejnym artykule. Wskazana w art. 90 ust. 3 ustawy podstawa do

odrzućenia oferty stanowi konieczne dla zachowania spójności przepisów rozwinięcie podstawy z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym miejscu warto przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 28.10.2010 r., sygn. akt X Ga 338/10, w którym wskazano na uzasadnienie dla tej regulacji jakim jest „z jednej strony obawa o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej zaś brak zgody na zachowania wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję. Zamawiający jest zobowiązany zastosować przed odrzuceniem oferty procedurę określoną w art. 90 ustawy. Ciężar udowodnienia, wykazania, iż cena nie jest rażąco zaniżona, że jest to cena wiarygodna i gwarantująca realizację oferty, przechodzi na wykonawcę, oferującego tą cenę. To wykonawca – oferent musi w swoich wyjaśnieniach w sposób przekonujący wykazać, że cena nie jest zaniżona, a więc, że oferta jest rzetelna i jej wybór nie narazi zamawiającego na niebezpieczeństwo jej niezrealizowania przez wykonawcę. Można stwierdzić, że w tym momencie powstaje niejako domniemanie ceny rażąco zaniżonej, które powinien obalić wykonawca. Złożone wyjaśnienia zbyt ogólne, nie wyjaśniały przyczyn tak niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia i do ofert konkurencji. Wykonawca powinien przede wszystkim wskazać konkretne przyczyny niskich cen, zarówno co do surowców, jaki i kosztów produkcji, transportu itd. Na etapie odwołania można jedynie wykazywać, że na podstawie wyjaśnień i materiałów złożonych przez wykonawcę w terminie zakreślonym przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 pzp, nie można było oferty uznać za rażąco zaniżoną”. W podobny sposób wypowiedział się Sąd Okręgowy w Kielcach wskazując w uzasadnieniu wyroku z dnia 10.12.2010 r. (sygn. akt VII Ga 146.10), iż skoro zamawiający występując z zapytaniem zastosował procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy pzp, stwarza to domniemanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę i stosownie do zasady rozłożenia ciężaru dowodu to na wykonawcy spoczywa obowiązek dowodowy obalenia tego domniemania poprzez złożenie szczegółowego wyjaśnienia powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Zbyt ogólne wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie czy cena jest rzetelna.

Mając powyższe rozważania na względzie, dla rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust.2 i 3 ustawy, konieczne było ustalenie, czy złożone wyjaśnienia obalały domniemanie rażąco niskiej ceny oferty. W ocenie składu orzekającego treść wyjaśnień była niewystarczająca dla przyjęcia, że cena oferty nie jest rażąco niska. Treść wyjaśnień nie była znana odwołującemu, co jednak nie przeszkodziło temu wykonawcy w sposób intuicyjny odnieść się do okoliczności, jakie rzeczywiście były wskazane w wyjaśnieniach. Izba dokonując rozstrzygnięcia uznała, że wyjaśnienia

wykonawcy nie pozwalały na przyjęcie przez zamawiającego, iż cena oferty wybranej jest wiarygodna i pozwala na należyte wykonanie zamówienia. Taką ocenę wyjaśnień zamawiający prezentował na rozprawie. Poza gołosłownym przywołaniem okoliczności wynikających z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy, zamawiający nie potrafił uzasadnić swojej oceny wyjaśnień. Zdaniem Izby, z treści wyjaśnień nie było możliwe wywiedzenie, że nadzwyczaj sprzyjające okoliczności uzasadniały tak znaczącą różnicę w cenie w stosunku do cen rynkowych. Wprawdzie ustawa pozostawia zamawiającemu pewną swobodę w ocenie wyjaśnień, jednak ocena ta nie może być dokonana w oderwaniu od okoliczności konkretnej sprawy. Orzecznictwo sądów wskazuje na kryteria, jakimi zamawiający winien się kierować przy ocenie wyjaśnień i są nimi przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych (przykładowo wyrok SO w Krakowie z 23.04.2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09; wyrok SO w Katowicach z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Ponieważ wyjaśnienia nie zawierały poza wskazaniem poziomu kosztów przyjętych dla przedmiotowej inwestycji, żadnego dalszego uzasadnienia ich wysokości, w zasadzie nie wnosiły żadnej wartości dodanej do treści oferty w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zsumowanie kosztów dla dwóch odrębnych zadań nie może stanowić danej pozwalającej na ustalenie realności ceny ofertowej, tym bardziej, iż z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej dotyczącej inwestycji opisanej w wyjaśnieniach jako zadanie 2, wynika niższa wartość brutto oferty od kwoty wskazanej w wyjaśnieniach jako zestawienie kosztów dla tego zadania. Zamawiający nie mógł w oparciu o suchą informację dotyczącą innej inwestycji przyjąć, iż wykonawca obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. Izba uwzględniła w swoich rozważaniach ceny zaproponowane w pozostałych ofertach, jak również wartość zamówienia oszacowaną przez zamawiającego na podstawie rozstrzygniętych przez niego postępowań, dla zobrazowania cen rynkowych dla przedmiotowej usługi. Szacowna przez zamawiającego wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona w dniu 30.11.2010 r. na podstawie zadań przeprowadzonych w ostatnich sześciu miesiącach roku i wyniosła 2.658.381,45 zł. brutto. Zamawiający zastosował do jej wyliczenia przyjęty, jako średni procent z przetargów - wskaźnik 3,74% (dokładnie 3,7299%) wartości roboty budowlanej, której budżet wynosi 71.270.751 zł. (załącznik nr 4 do uchwały Nr V/8082010 Rady Miasta Kielce z dnia 30.12.2010 r.). Wybrany wykonawca zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w kwocie brutto 349.320,00 zł., co stanowi równowartość 0,49% wartości inwestycji. Pozostałe 11 ofert zawierały ceny wynoszące od 781.050,00 zł. (1,095 % wartości robót budowlanych) do 2.522.428,65 zł (3,539 % wartości robót budowlanych). Z 12 złożonych ofert trzy nie przekraczały 1 mln złotych, 6 ofert mieściło się w wartości pomiędzy 1 mln – 2 mln złotych, a 3 przekraczały 2 mln zł. Zamawiający odrzucił ofertę drugą pod

względem ceny po ofercie wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a w odniesieniu do dwóch pozostałych wykonawców, których ceny ofert nie przekraczały 1 mln złotych, zwrócił się o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wyjaśnienia poza wybranym wykonawcą złożył również odwołujący, który zaoferował cenę brutto – 848.121,90 zł. (1,1899 % wartości robót budowlanych). W związku z tak dużymi różnicami w cenach, zamawiający słusznie powziął wątpliwość co do realności cen w stosunku do przedmiotu zamówienia i wystąpił do wykonawców o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. Samo zwrócenie się o złożenie wyjaśnień nie oznaczało, iż zamawiający dopełnił wszystkich obowiązków związanych z ustaleniem, czy oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem zamawiającego była rzetelna ocena treści wyjaśnień, która pozwalałaby na przyjęcie, iż ceny mogą być uznane za realne i pozwalają na wykonanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, zamawiający w sposób niezasadny przyjął wyjaśnienia wybranego wykonawcy, z przyczyn wskazanych powyżej w uzasadnieniu. Należało przyjąć, iż wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a różnica w stosunku do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu prowadzi do stwierdzenia, iż cena nie odpowiada cenom rynkowym za tego rodzaju usługę, a wykonawca nie wykazał, żadnych nadzwyczaj korzystnych okoliczności uzasadniających tak dużą dysproporcję w cenie.

Mając na uwadze treść regulacji zawartej w art. 192 ust. 2, w związku z potwierdzeniem wpływu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy na wynik postępowania odwołanie podlegało uwzględnieniu. Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także odrzucenie oferty złożonej przez Juliana Kołosowskiego i Menedżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Spółka Jawna. Izba nie nakazała odtajnienia treści wyjaśnień pomimo stwierdzenia braku podstaw do przyjęcia, iż wyjaśnienia zawierały informacje, które mogły być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż w tej części odwołanie nie mogło być uwzględnione z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania. Izba wskazuje jedynie, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach nie wypełniały przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazane w nich okoliczności dotyczą, jak trafnie podejrzewał odwołujący, zamówienia realizowanego przez tego wykonawcę na rzecz zamawiającego. Zamówienie to zostało zidentyfikowane przez odwołującego w treści odwołania na podstawie informacji powszechnie dostępnych z tytułu dostępu do informacji publicznej o zamówieniu realizowanym w trybie zamówienia publicznego. Wylczenie innych zamówień również w ocenie składu orzekającego nie stanowiło informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej, która mogłaby być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zauważyć, iż niezależnie od braku nakazu w sentencji wyroku odtajnienia treści wyjaśnień, informacje te

stanowią załącznik do protokołu i podlegają ogólnej zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającej z art. 8 ustawy.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania zamawiającego. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty uiszczanego wpisu oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

**Przewodniczący:**

.....