

**WYROK**

**z dnia 6 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Cyprian Świś**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **25 lipca 2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **M..... Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Per Aarsleff Sp. z o.o. ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Wodociągi Kieleckie Sp. z o.o. ul. Krakowska 64, 25 – 701 Kielce**, przy udziale wykonawcy:

- **BLEJKAN Sp. z o.o. ul. Łukasińskiego 116, 71-215 Szczecin**, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie,**

**1.1. nakazuje zamawiającemu: Wodociągom Kieleckim Sp. z o.o. ul. Krakowska 64, 25-701 Kielce:**

1.1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.1.2. wezwanie wykonawcy **BLEJKAN Sp. z o.o. ul. Łukasińskiego 116, 71-215 Szczecin** do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

1.1.3 oraz nakazuje ponowienie czynności oceny ofert i wyboru oferty,

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Wodociągi Kieleckie Sp. z o.o.**

**ul. Krakowska 64, 25 - 701Kielce,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum odwołującego: **M..... Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Per Aarsleff Sp. z o.o. ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Wodociągów Kieleckich Sp. z o.o. ul. Krakowska 64, 25-701 Kielce** na rzecz odwołującego: **M..... Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Per Aarsleff Sp. z o.o. ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz** kwotę **23 600,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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 o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Kontrakt III "Modernizację sieci kanalizacyjnej w Kielcach" w ramach projektu pn, "Kompleksowa ochrona wód podziemnych aglomeracji kieleckiej" współfinansowanego z Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013” (Dziennik Urzędowy UE Numer:2013/S 075 -125302 z dnia 17.4.2013 r.), w dniu 25 lipca 2013 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez konsorcjum: firm: M..... Sp. z o.o. (lider konsorcjum) , Per Aarsleff Sp. z o.o. z siedzibą w Chodczu, w kopi przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia odwołującego w dniu 15 lipca 2013 r. za pośrednictwem faksu o wyborze oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Wodociągom Kieleckim Sp. z o.o. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, pozycja 759 z późniejszymi zmianami) zwanej dalej „ustawą Pzp”, tj.:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, oraz ewentualnie,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, powołując się na swój interes w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) wezwanie wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. do wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz ewentualnie:
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zgodnie z treścią rozdz. 4 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” załączony do SIWZ przedmiar stanowiący załącznik nr 8 „Tabela rozliczeniowa, określająca procentowy udział elementów robót w cenie kontraktowej”: „służy wyłącznie jako materiał pomocniczy do sporządzenia przez Wykonawcę oferty, a podstawą obliczenia ryczałtowej ceny oferty są Projekty Budowlane i Wykonawcze stanowiące element załączonej do SIWZ Dokumentacji Projektowej oraz STWiORB”. Również zgodnie z rozdz. 24 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” wynagrodzenie za całość robót miało charakter ryczałtowy, a w pkt 5 niniejszego rozdziału Zamawiający zastrzegł, iż „ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty”. W rozdz. 25 pkt 2 SIWZ, Zamawiający wskazał, iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena ryczałtowa brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

1. firmy BLEJKAN Sp. z o.o.
2. oraz odwołującego.

Cena oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o., jaka wynikała z Formularza Ofertowego wynosi 7 121 700,00 zł brutto (5 790 000,00 zł netto). Z kolei cena ofertowa odwołującego wynosi 10 716 276, 60 zł brutto.

W dniu 15 lipca 2013r. Zamawiający powiadomił o dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. w oparciu o jedyne kryterium ceny. Żadna z ofert nie została odrzucona.

Argumentując zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, jak również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. ze względu na rażąco niską cenę, odwołujący podnosił, co następuje.

Zgodnie z dyspozycją art.90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca się (jest to zatem działanie obligatoryjne) do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Powyższy obowiązek powstaje w momencie, gdy zachodzi podejrzenie, iż dany wykonawca dokonał rażącego zaniżenia ceny. Obowiązek ciążyący na zamawiającym w tym zakresie potwierdza zarówno orzecznictwo, jak i doktryna. Zgodnie z treścią opinii prawnej UZP dotyczącej rażąco niskiej ceny zawartej w Informatorze UZP z czerwca 2012 r.: „W myśl przepisów ustawy, w przypadku powzięcia podejrzenia co do przedstawienia przez wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę, na zamawiającym ciąży obowiązek wszczęcia i przeprowadzenia procedury, której celem jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości związanych z poziomem cenowym tej oferty. Brak jest przy tym podstaw do przyjęcia, że zamawiający powinien

zaakceptować w tym zakresie jakąkolwiek formę i treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Wręcz przeciwnie - przepis ustawy nakazuje zamawiającemu dokonać ustaleń w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz ocenić dostarczone przez wykonawcę dowody”.

Przedmiotowa opinia potwierdza zatem, jak zaznaczał odwołujący, iż w przypadku przypuszczenia co do zaoferowania rażąco niskiej ceny, zwrócenie się do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień w niniejszym zakresie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi nie uprawnienie, lecz obowiązek zamawiającego. W sytuacji odmiennej, tj. zaniechania wezwania do wyjaśnień, zamawiający dopuściłby się naruszenia przepisów ustawy oraz nienależytego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wbrew temu do czego jest zobowiązany zgodnie z literą prawa.

Odwołujący powołał się na okoliczność, że również Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie wypowiadała się o obowiązku zamawiającego, wynikającym z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, m.in. w wyroku z dnia 12 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 2790/11: „Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Pytanie do wykonawcy powinno zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny”. Zatem kluczowe znaczenie w niniejszym stanie faktycznym, jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający mógł powziąć wątpliwość co do zniżenia ceny wskazanej w ofercie zaoferowanej przez wykonawcę BLEJKAN Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, iż na powyższe pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Po pierwsze, wskazał, iż niniejsze postępowanie jest zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu prowadzone w trybie przewidzianym dla postępowań o wartości szacunkowej równej lub wyższej od 5000 000 EURO (sekcja II.2.1 Ogłoszenia o zamówieniu). Tymczasem, wykonawca BLEJKAN zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości

7 121 700,00 zł brutto, tj. cenę kilkakrotnie niższą. Odwołujący podnosił, iż termin „ceny rażąco niskiej” nie został zdefiniowany w ustawie, jednakże orzecznictwo, jak również doktryna podejmowały próbę dookreślenia tego sformułowania. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach niejednokrotnie wskazywała, iż dla dokonania oceny, czy dana cena została zaniżona w sposób rażący, pomocne jest jej porównanie do szacunkowej wartości zamówienia, co potwierdza wyrok z dnia 4 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1021/12: „Sam fakt odbiegania ceny przystępującego od szacunków zamawiającego nie może świadczyć jeszcze o fakcie złożenia oferty z rażąco niską ceną. Może być to natomiast podstawa do zwrócenia się do przystępującego o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)”.

Zatem powyższy wyrok potwierdza, iż znacząca różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez wykonawcę, a wartością szacunkową zamówienia może wzbudzić w zamawiającym uzasadnione podejrzenia co do zaniżenia ceny oferty. Tym samym, zamawiający w takiej sytuacji jest zobowiązany do uruchomienia procedury na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niewątpliwie cena oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. w znaczący sposób odbiega zarówno od ceny zaoferowanej przez odwołującego, jak również od wartości szacunkowej zamówienia (biorąc pod uwagę tryb wybrany przez zamawiającego dla niniejszego postępowania). Zdaniem odwołującego istniały zatem przesłanki ku temu, aby powziąć wątpliwość co do właściwego skalkulowania ceny przez wykonawcę BLEJKAN Sp. z o.o. Zgodnie z orzecznictwem inną przesłanką pozwalającą na uznanie danej ceny za rażąco niską jest jej znaczące odbieganie od cen rynkowych. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010r., sygn. akt: XIX Ga 175/10: „Istota problemu sprowadza się do prawidłowego określenia desygnatu pojęcia ceny "rażąco niskiej". Przepisy ustawy prawa zamówień publicznych nie zawierają definicji legalnej tego pojęcia, tudzież nie wskazują żadnych kryteriów wartościujących, umożliwiających ocenę, że cena zaoferowana przez konkretnego wykonawcę posiada taki przymiot. Należy się tutaj więc odwołać do potocznego rozumienia tego pojęcia. Cena zatem "rażąco niska" to taka, która jest nierealistyczna, w sposób znacząco odbiegająca od cen rynkowych stosowanych w określonej branży”.

Odwołujący przypominał, iż cena jego oferty opiewa na kwotę 10 716 276, 60 zł brutto. Zgodnie z obliczeniami, cena oferty złożonej przez wykonawcę BLEJKAN Sp. z o.o. stanowi zaledwie ok. 66% ceny oferty odwołującego, a zatem jest niższa o 34%. Zdaniem odwołującego jest to znacząca różnica, biorąc pod uwagę również, iż cena oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. jest kilkakrotnie niższa od wartości zamówienia. Odwołujący wskazywał, że przy dokonywaniu oceny, czy dana cena została zaniżona w sposób rażący, zamawiający

powinien uwzględnić charakter zamówienia. Przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty budowlane, w dodatku dokonywane na sieci kanalizacyjnej, a zatem niewątpliwie jest to zamówienie o złożonym charakterze, wymagające specjalistycznego doświadczenia oraz zaangażowania kosztownych materiałów i urządzeń. Powyższe zresztą potwierdza rozbudowana dokumentacja projektowa, czy choćby sam przedmiar stanowiący załącznik nr 8 do SIWZ „Tabela rozliczeniowa,” określająca procentowy udział elementów robót w cenie kontraktowej”. O złożoności przedmiotu zamówienia świadczy również fakt, iż składa się na niego obowiązek realizacji aż 61 zadań. Zdaniem odwołującego, który jako profesjonalista od wielu lat uczestniczy aktywnie na rynku robot budowlanych, cena w wysokości 7 121 700,00 złotych brutto zaoferowana za wykonanie robót budowlanych polegających na modernizacji sieci kanalizacyjnej stanowi cenę nierealną i nieodzwierciedlającą rzeczywistych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1078/12: „Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”. Również w wyroku z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 481/12: „Rażąco niska cena to taka cena, która jest nierealistyczna, wręcz niewiarygodna na danym rynku, niemożliwa do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniająca mu zysku, zaoferowana poniżej kosztów wartości usługi, zaproponowana w celu eliminacji konkurencji”. O problemach w zdefiniowaniu rażąco niskiej ceny wspomina Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2835/12, jednocześnie podejmując próbę wyjaśnienia tego terminu: „Izba miała na uwadze, że oceniając zarzut należy uwzględnić, iż pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie, (postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Cena rażąco niska, to cena nierealna nierzeczywista, niemożliwa do wykonania zamówienia. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe (wyrok Zespołu

Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/O 1082/07). Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/O-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach, jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia (wyrok Izby z dnia 2 maja 2011 r. sygn. akt KIO 832/11). W przywoływanym przez odwołującego wyroku z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 360/10, KIO/UZP 385/10, Izba oceniała czynność zamawiającego podjętą w innym stanie faktycznym, wyrażając w uzasadnieniu wyroku m.in. następujące stanowisko: Cena rażąco niska to nie tylko cena odbiegająca od wartości rynkowych, wskazująca na ewentualność realizacji zamówienia za kwotę niższą od ponoszonych kosztów. Cena rażąco niska może wystąpić również wskutek nierzetelnej kalkulacji, braku ujęcia w cenie wszystkich wymagań zamawiającego, pominięcia szczególnych uwarunkowań związanych z realizacją przedmiotu zamówienia”.

Zdaniem odwołującego, istnieje uzasadnione przypuszczenie, iż wykonawca BLEJKAN Sp. z o.o. skalkulował zaproponowaną cenę poniżej kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a zatem cena jego oferty stanowi cenę nierealną oraz nieodzwierciedlającą cen rynkowych.

Tytułem przykładu, odwołujący wskazał na kilka pozycji ujętych przez wykonawcę BLEJKAN Sp. z o.o. w „Tabeli rozliczeniowej, określającej procentowy udział elementów robót w cenie kontraktowej”. Ponadto odwołujący zaznaczał, iż zgodnie z rozdz. 24 pkt 1 SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do obliczenia ceny oferty zgodnie z wymaganiami SIWZ, z uwzględnieniem wszystkich kosztów, jakie poniosą z tytułu należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Z Tabeli stanowiącej załącznik nr 8 do SIWZ wynika, iż dla zadania 58, 59 polegającego na: „Przebudowie sieci kanalizacyjnej - <Kolektor>” wykonawca BLEJKAN Sp. z o.o. przewidział następujące ceny za realizację poszczególnych prac (odwołujący jednocześnie dokonał porównania z cenami zaoferowanymi we własnej ofercie):  
Poz. 324. Roboty przygotowawcze; oferta odwołującego -165 000,00 oferta wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. - 12 738,00,  
Poz. 325. Rozbiórka nawierzchni - asfalt oferta odwołującego - 25 000,00 oferta wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. - 2 200,20,  
Poz. 326. Rozbiórka nawierzchni - płyty oferta odwołującego - 6 500,00 oferta wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. - 347,40,



Poz. 327. Roboty ziemne oferta odwołującego - 565 000,00, oferta wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. -119 968,80,

Poz. 328. Odtworzenie nawierzchni - asfalt oferta odwołującego - 65 000,00 oferta wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. - 34 045,20,

Poz. 329. Odtworzenie nawierzchni – kostka brukowa oferta odwołującego - 6 720,00 oferta wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. - 3184,50,

Poz. 330. Renowacja kanału metodą krakingu oferta odwołującego - 3 456 000,00 oferta wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. - 183 145,40,

Poz.331. Roboty technologiczne - instalacja rękawa CIPP oferta odwołującego - 424 000,00 oferta wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. - 132 648,90,

Poz. 332. Wykonanie prac powykonawczych oferta odwołującego - 26 000,00 oferta wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. – 7 990,20,

Poz. 333. Renowacja studni kanalizacyjnych oferta odwołującego - 1 250,00, oferta wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. - 44 988,30.

Z powyższego zestawienia odwołujący wywiódł wnioski, że niejednokrotnie zaoferowane przez wykonawcę BLEJKAN Sp. z o.o. ceny za wykonanie poszczególnych prac są kilkakrotnie, a nawet czasami kilkaset lub i tysiąckrotnie niższe od cen zaproponowanych przez odwołującego w niniejszym postępowaniu. Odwołujący potwierdził znajomość faktu, iż w niniejszym postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe, natomiast „Tabela rozliczeniowa, określająca procentowy udział elementów robót w cenie kontraktowej” stanowiąca załącznik nr 8 do SIWZ ma charakter pomocniczy. Jednakże zaznaczał, że nie powinno umknąć uwadze Izby, iż z pewnością poszczególne pozycje przedmiaru robót miały wpływ na skalkulowanie ostatecznej ceny wskazanej w Formularzu Ofertowym. Odwołujący przestrzegał, że nieprawidłowe obliczenie ceny oferty może ostatecznie zakończyć się nienależytym wykonaniem zamówienia przez wykonawcę, gdyż nieuwzględnienie wszystkich kosztów jego realizacji może zmusić wykonawcę do odstąpienia od umowy ze względu na brak środków. Mając na uwadze powyższe okoliczności, odwołujący utrzymywał, że w niniejszym stanie faktycznym zaszyły wszelkie przesłanki uzasadniające wątpliwość co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę BLEJKAN Sp. z o.o. Zatem, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający był zobowiązany do zwrócenia się do wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący przypominał również, iż zgodnie z orzecznictwem oraz doktryną, w momencie wezwania wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, upada domniemanie, że

cena oferty nie jest ceną rażąco zaniżoną. Od tego momentu, to na wykonawcy, zgodnie z art. 6 K.c. ciąży obowiązek udowodnienia, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niską. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2807/11: „To na wykonawcy od momentu zwrócenia się o wyjaśnienia przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) ciąży obowiązek niepodważalnego wykazania, że zaoferowana cena jest ceną realną i nie jest rażąco niską. Wykonawca musi na wiarygodnym poziomie szczegółowości wykazać czynniki, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny”. Jak również zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2009r., sygn. akt: KIO 262/09: „Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca, poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił”. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w momencie wezwania wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, iż zaoferowana przez niego cena została skalkulowana rzetelnie i z należyłą starannością. W przypadku braku wystarczających dowodów, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający, który pomimo wszelkich przesłanek umożliwiających powzięcie wątpliwości co do ceny oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o., zaniechał wezwania przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszył jednocześnie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, zamawiający naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Dopuszczył bowiem do sytuacji, w której została wybrana oferta wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy (została bowiem pominięta procedura wyjaśniająca). Ponadto, zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż w sposób uprzywilejowany potraktował wykonawcę BLEJKAN Sp. z o.o. nie wzywając go do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, pomimo, iż istniały wszelkie przesłanki ku temu aby zastosować rzeczoną procedurę. Wskutek zaniechań oraz działań zamawiającego, w niniejszym postępowaniu nie została wybrana oferta odwołującego, pomimo prawidłowego skalkulowania jej ceny.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 26 lipca 2013 r. przekazane za pośrednictwem faksu, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożył pisemnie (z kopią przesłaną stronom) w dniu 29 lipca 2013 r. wykonawca BLEJKAN Sp. z o.o. z siedzibą w

Szczecinie, po stronie zamawiającego, który wnosił o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę BLEJKAN Sp. z o. o. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, uznając że wykazał on interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania w mocy czynności wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia.

Zamawiający w dniu 6 sierpnia 2013 r. przedłożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania z następujących względów.

*„Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania, stoi na stanowisku, iż dokonane przez niego czynności pozostają w zgodzie z prawem i postanowieniami SIWZ, zaś zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne.*

*W pierwszej kolejności Zamawiający pragnie wskazać, iż w odwołaniu nie zostały podniesione zarzuty. Ich sposób wskazania to pozostawienie Krajowej Izbie Odwoławczej wyboru, czy Odwołujący zarzuca naruszenia przytoczane w zarzutach nr 1)-2) czy też 3)-4). Bez wątplenia nie zarzuca bowiem wszystkich tych naruszeń, gdyż sformułował odwołanie tak, że jest to alternatywa rozłączna. Tym samym czynność prawną polegającą na wniesieniu odwołania należy uznać za czynność obarczoną wadą uniemożliwiającą rozstrzygnięcie odwołania. KIO orzeka bowiem w zakresie zarzutów, a te wykluczają się wzajemnie. Gdyby przyjąć, że takie formułowanie zarzutów jest dopuszczalne, wówczas przepis o obowiązku ich zawierania w odwołaniu byłby pozbawiony znaczenia, gdyż odwołujący mogliby wskazywać całkowicie swobodnie, iż naruszono ten, inny lub jeszcze inny przepis. Zamawiający wnosi więc o wezwanie Odwołującego na podstawie art. 187 ust. 3 lub 7 do usunięcia braków formalnych i wskazanie, które z zarzutów, którym sam Odwołujący nadał charakter rozłączny, powinny być przedmiotem orzeczenia Izby.*

*Niezależnie od powyższego Zamawiający pragnie wskazać, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują podstaw prawnych i faktycznych. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 podnieść należy, iż zarzut ten jest zarzutem przedwczesnym i tym samym winien zostać oddalony.*

*Wskazać należy, bowiem, iż Zamawiający w przypadku powzięcia uzasadnionych wątpliwości, że oferta złożona w postępowaniu zawiera rażąco niską cenę, jest zobligowany na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dopiero wskutek braku złożenia wyjaśnień lub w przypadku potwierdzenia się, w ramach oceny powyższych wyjaśnień, że oferta zawiera rażąco niską cenę Zamawiający zobligowany jest do odrzucenia takiej oferty. Wynika to z faktu, iż czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp jest czynnością następczą w stosunku do czynności wezwania*

do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp i jednocześnie postawienie powyższych zarzutów nie znajduje uzasadnienia w systematyce ustawy pzp. Nieuprawnione jest zatem postawienie Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, jeżeli nie doszło do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Tylko bowiem uprzednie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień celem ustalenia, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, uprawnia do dokonania czynności następczej, jaką jest odrzucenie oferty, o ile w wyniku analizy złożonych wyjaśnień dojdzie do ustalenia, że oferta taką cenę zawiera, (tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 września 2011 r., KIO 1958/11).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy pzp, wskazać należy, iż zarzut ten jest bezzasadny.

Na wstępie należy wskazać, iż zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, uruchomienie procedury udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia (tak też wyrok KIO z dnia 20.10.2011r. w sprawie sygn. akt 2192/11 oraz wyrok KIO z dnia 19.06.2012r. w sprawie sygn. akt 1145/12). Z przepisu art. 90 ust. 1 pzp wynika, że tryb przewidziany w tym przepisie wszczynają Zamawiający, gdy dokonując oceny ofert znajdą wątpliwości, czy cena jest „rażąco niska”. Wniosując a contrario, postępowania w tym przedmiocie nie wszczynają się, gdy Zamawiający nie ma wątpliwości, że oferta nie zawiera ceny „rażąco niskiej” (tak też KIO w wyroku z dnia 9.08.2011r. w sprawie sygn. akt 1609/11). W niniejszej sprawie Zamawiający nie powziął wątpliwości, iż zaoferowana cena przez Wykonawcę Blejkan Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską, tym samym nie miał obowiązku wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Zdaniem Zamawiającego zaoferowana przez Blejkan Sp. z o.o. cena jest ceną rynkową.

Podnieść należy również, iż zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem brak jest możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ przepis powyższy stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Takie stanowisko zostało m.in. wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1384/11, gdzie w uzasadnieniu powyższego orzeczenia zostało wskazane, że pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do przedmiotu zamówienia, co wynika wprost z literalnego brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, który stanowi, iż obowiązek odrzucenia oferty występuje w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Interpretacja przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską

cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, co do zasady, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę, zwłaszcza przy ustalonym przez zamawiającego wynagrodzeniu ryczałtowym. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r., wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 21 września 2005 r. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 września 2011 r., KIO 1958/11 wskazuje ponadto, iż powyższe wytyczne odnoszą się również do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Oceniając zatem istnienie uzasadnionych okoliczności skutkujących zastosowaniem normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie należy mieć na względzie postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Instytucja uregulowana w art. 90 ust. 1 ustawy pzp ma na celu ustalenie, czy oferta złożona w danym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę i tym samym, czy została wypełniona dyspozycja normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Badanie zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w kontekście rażąco niskiej ceny winno uwzględniać wytyczne zawarte w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, gdyż wezwanie to zmierza do ustalenia obowiązku odrzucenia oferty w oparciu o normę prawną wyrażoną w powyższym przepisie. Jeżeli ustawodawca pojęciem rażąco niskiej ceny posługuje się w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia, to takie rozumienie tego pojęcia winno mieć również miejsce na etapie oceny zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Zatem w świetle cytowanych wyroków, aby mówić o cenie rażąco niskiej należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową. Tak też stanowi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 sierpnia 2011 r. KIO 1601/11, zgodnie z którym przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust. 1 pzp winna być cena oferty za realizację całego przedmiotu zamówienia, a nie cena za pojedynczy element. Izba w wyroku tym również stwierdziła, że brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Odwołujący zaś wskazuje na kilka pozycji wskazanych przez Wykonawcę Blejkan Sp. z o.o. w „Tabeli rozliczeniowej określającej procentowy udział elementów robót w cenie kontraktowej” w porównaniu z cenami zaoferowanymi we własnej ofercie, na wykazanie rażąco niskiej ceny. Zamawiający odnosząc się do tego zarzuca po pierwsze, że Odwołujący w sposób wybiórczy wskazał na poz. 323 do 332 w zadaniu 58, 59, pomijając zarówno poz. 333 w zadaniu 58, 59, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. wynosi

0,648%, zaś udział procentowy Odwołującego się wynosi 0,427%, czy też pomijając pozostałe zadania, w których w przeważającej większości wyższy jest udział procentowy w cenie kontraktowej Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. niż udział procentowy Odwołującego się. Przykładowo, Zamawiający idąc tokiem myślenia Odwołującego się wskazuje na:

Poz. 35, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 1,471%, zaś Odwołującego się to: 0,918%;

Poz. 41, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 1,585%, zaś Odwołującego się to: 0,999%;

Poz. 47, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 1,343%, zaś Odwołującego się to: 0,861%;

Poz. 58, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 3,073%, zaś Odwołującego się to: 2,525%;

Poz. 64, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 1,063%, zaś Odwołującego się to: 0,677%;

Poz. 94, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 1,326%, zaś Odwołującego się to: 0,872%;

Poz. 122, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 0,145%, zaś Odwołującego się to: 0,092%;

Poz. 128, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 0,107%, zaś Odwołującego się to: 0,057%;

Poz. 233, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 0,205%, zaś Odwołującego się to: 0,149%;

Poz. 245, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 1,038%, zaś Odwołującego się to: 0,677%;

Poz. 284, gdzie udział procentowy Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. to 1,558%, zaś Odwołującego się to: 1,022%.

Zamawiający podnosi ponadto, iż wartość kosztorysowa ustalona przez Zamawiającego dla całego zadania 58 i 59 wynosi 3.335,259,61 zł, podczas gdy Odwołujący zaoferował wykonanie tegoż zadania za kwotę 4.901.520,37 zł, co stanowi 146,96% wartości zadania w stosunku do wartości kosztorysowej, zaś Wykonawca Blejkan Sp. z o.o. zaoferował wykonanie tegoż zadania za kwotę 2.226.776,10 zł, co stanowi 66,76% wartości zadania w stosunku do wartości kosztorysowej.

Nie można zatem, zdaniem Zamawiającego, czynić zarzutu, tak jak to robi Odwołujący, iż wskazane przez niego elementy robót zadania 58 i 59 zostały przez Wykonawcę Blejkan Sp. z o.o. rażąco zaniżone. Powyższe zestawienie świadczy raczej o tym, iż wskazane przez Odwołującego się elementy robót zadania 58 i 59 zostały przez niego rażąco zawyżone.

*Stwierdzenie takie jest uprawnione przez Zamawiającego, albowiem Zamawiający przy szacowaniu wartości brał pod uwagę najwyższe możliwe wynagrodzenie na rynku za tego rodzaju roboty.*

*Ponadto Zamawiający zwraca uwagę na to, iż Odwołujący nie tylko pomylił się przy numerach pozycji robót dokonując przykładowego wyliczenia, ale również i przede wszystkim pomylił się w przeliczeniach dotyczących pozycji zatytułowanej Renowacja kanału metodą krakingu (m), gdzie wskazał kwotę w ofercie Blejkan Sp. z o.o. w wysokości 183.145,40 zł, podczas gdy winna to być kwota 1.831.145,40 zł, a więc kwota dziesięciokrotnie większa.*

*Zamawiający podkreśla ponadto, iż kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - gdyby nawet hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Kalkulacja własna ceny jest bowiem prawem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym „z elementów ceny” (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2009 r. KIO/UZP 878/09). Stosownie do poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu II Ca 2194/2005, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty, ” w wyroku z dnia 24 marca 2005 r. II Ca 425/2004 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę. ” W związku z czym Zamawiający podkreśla, iż jego zdaniem, kalkulacja zawarta w ofercie Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. jest rzetelna, ujęto w niej wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia a sam fakt, że cena zawarta w ofercie odbiega od ceny podanej w ofercie Odwołującego się nie oznacza, iż cena ta jest rażąco niska. Zgodnie bowiem z utrwaloną linią orzecniczą wyrażoną m.in. w wyroku KIO z dnia 11 kwietnia 2008 r. KIO/UZP 273/08 ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)) oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. XIX Ga 3/2007 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 2 poz. 72), o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Zauważyć należy przy tym, iż to na wykonawcy stawiającym zarzut, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska (tu: Odwołującym), spoczywa obowiązek wykazania, że tak jest w istocie. Odwołujący zaś w treści swojego odwołania, nie wskazał na*

okoliczności, które ze względu na zaoferowaną cenę mogłyby uniemożliwić realizację zamówienia, a więc nie udowodnił, iż oferta Wykonawcy Blejkan Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, w rozumieniu art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z powyższym przepisem kodeksowym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Pogląd ten znalazł odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007r., w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/2007 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 2 poz. 72) oraz w wyroku KIO z dnia 17 października 2008r. KIO/UZP 1068/08 (LexPolonica nr 2378288), w których potwierdzono, iż jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zamawiający podnosi dodatkowo, iż skierowanie pytania do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Nie jest więc uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na niskim czy też bardzo niskim poziomie. Taki sposób kalkulacji nie powoduje, iż cena oferty jest rażąco niska (tak: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Zamawiający z daleko idącej ostrożności podnosi również, iż nawet, gdyby hipotetycznie przyjąć, iż poszczególne ceny jednostkowe, czy też poszczególne elementy oferty odbiegają od cen rynkowych i są zaniżone w stosunku do kosztów świadczenia odpowiadających im prac, to okoliczność ta nie może jeszcze świadczyć o rażąco niskim poziomie całej oferty, (tak: wyrok KIO z dnia 30.08.2012r., sygn. akt KIO 1762/12). Ponadto Zamawiający podkreśla, iż zastosowanie regulacji z art. 90 ust. 1 ustawy pzp winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz, jak w niniejszym przypadku, brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 ustawy pzp. Powyższe wezwanie wiąże się bowiem z bardzo istotnymi konsekwencjami dla wykonawcy składającego ofertę, a podjęcie polemiki z wezwaniem w drodze środków ochrony prawnej w sytuacji gdy wykonawca w istocie nie zna źródła wątpliwości Zamawiającego wobec sformułowania wezwania w sposób ogólnikowy, jest ograniczone. Należy bowiem podkreślić, iż procedura wyjaśnień jest obowiązkowa, gdy Zamawiający zamierza zastosować wobec



wykonawcy sankcję z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, tj. odrzucić ofertę z uwagi na rażąco niską cenę. (tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 sierpnia 2011 r. KIO 1526/11).

Zamawiający niezależnie od powyższego podnosi, iż Odwołujący błędnie wskazuje, iż Wykonawca Bleikan Sp. z o.o. zaoferował cenę kilkukrotnie niższą od wartości zamówienia (str. 5/6 odwołania), przy czym Odwołujący wskazuje na wartość zamówienia jako na kwotę równą lub wyższą 5.000.000,00 EURO. Wartość ta jest bowiem wartością zamówienia dla całego Projektu, w ramach którego Zamawiający realizuje kilkanaście Kontraktów, w tym Kontrakt nr III. Zamówienie jest bowiem udzielane w częściach w ramach kilkunastu odrębnych postępowań, przy zachowaniu przepisów dla całego Projektu. Zgodnie zaś z ugruntowanym w doktrynie stanowiskiem w przypadku usług lub dostaw powtarzających się okresowo oraz zamówień udzielanych w częściach, gdy zamawiający zamierza zorganizować kilka odrębnych postępowań, oceniając, czy cena oferty nie została rażąco zaniżona, należy odnieść ją do wartości odzwierciedlającej zakres zamówienia, będącego przedmiotem każdego odrębnego postępowania (tak: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX,2010,wyd. IV).

Zamawiający podnosi dalej, iż w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez niego na wybór wykonawcy robót budowlanych, ceny ofert wykonawców bardzo znacząco odbiegały od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego, jak również od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Przykładowo: oferta wykonawcy, która została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza dla Kontraktu IV stanowiła zaledwie 40,64% wartości przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i była nią oferta założona przez Odwołującego. W przedmiotowym postępowaniu oferta Blejkan Sp. z o.o. stanowi 59,86% wartości przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający wskazuje przy tym, że z analiz rynku budowlanego wynika, iż pogarszająca się koniunktura w branży budowlanej i oczekiwana mniejsza liczba zleceń ze strony sektora publicznego zmuszają firmy budowlane do dalszego konkurowania ceną w postępowaniach przetargowych. W obliczu mniejszej liczby przetargów rywalizacja cenowa o nowe zlecenia będzie zatem bardzo ostra (tak: Co czeka branżę budowlaną w 2012 roku? Bartłomiej Sosna, główny analityk rynku budowlanego, PMR Publications, [www. wpionieinapoziomie.pl](http://www.wpionieinapoziomie.pl); Rynek budowlany w Polsce w 2013 r. skurczy się o 7%; Branża budowlana: jaki będzie rok 2013?). Zamawiający podnosi również, iż w zależności od stopnia nasilenia konkurencji na poszczególnych polach zamówień w różnych okresach czasu, metoda porównywania cen oferowanych przez wykonawców w szczególności z ceną podawaną na otwarciu ofert przez

*Zamawiającego, okazuje się być zawodna czy niemiarodajna. (tak: wyrok KIO z dnia 24.06.2011r., sygn. akt KIO 1236/11). O powyższym świadczą załączone przez Zamawiającego do niniejszego pisma przykładowe informacje z otwarcia ofert na zamówienia w sprawie robót budowlanych, z których wynika, że w każdym postępowaniu ceny są oferowane poniżej ceny podawanej na otwarciu ofert przez Zamawiającego. Zamawiający zwraca również uwagę na fakt, iż w ostatnich postępowaniach na roboty budowlane prowadzonych przez Zamawiającego, najwyższe oferowane ceny kształtowały się na poziomie ok. 60% w stosunku do ceny podawanej na otwarciu ofert przez Zamawiającego*

*Mając na uwadze powyższe oraz doświadczenie Zamawiającego z poprzednio prowadzonych postępowań, nie można uznać, iż zachodziły podstawy do wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Należy wskazać, iż wyroku z dnia 2 sierpnia 2011 w sprawie sygn. akt. KIO 1526/11 Izba uznała, iż nie można uznać za prawidłowe działanie zamawiającego polegające na automatycznym wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., gdy cena oferty różni się od wartości szacunkowej o określony przyjęty przez zamawiającego procent, bez analizy czy w istocie zachodzi podejrzenie zaniżenia ceny w sposób tak istotny, iż nie gwarantuje ona wykonania zamówienia. Różnica w cenie ofert oraz różnica cen ofert w stosunku do ceny zamówienia, stanowi naturalny objaw konkurencji. Dla uznania, że cena jest rażąco niska nie jest wystarczające jedynie matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość od ceny innego wykonawcy. Każdy wykonawca kieruje się inną strategią w prowadzeniu działalności i innymi kryteriami w obliczaniu zysku i rentowności firmy, na co składają się nie tylko czynniki finansowe. Duże firmy generujące więcej kosztów, nie są być może zorientowane na minimalny zysk, który dla małej firmy może mieć istotne znaczenie, (tak: wyrok KIO z dnia 18.07.2012r., sygn. akt KIO 1422/12). Natomiast cena rażąco niska to cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Zgodnie z orzeczeniem TSUE z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-I 03/88 Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano, LEX nr 127572, niedopuszczalne - jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego). Tym samym twierdzenie Odwołującego, iż oferta Blejkan Sp. z o.o. zawierała rażąco niską ceną jest bezpodstawne. Zamawiający jeszcze raz podkreśla, że zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy*

*zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w konkretnej sytuacji (wyrok KIO z dnia 24.04.2008r., sygn. akt, KIO/UZP 33/08). Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy poweźmie on wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyrok SO w Katowicach z dnia 30.01. 2007 r.). Zastosowanie art. 90 ust. 1 p.z.p. winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 p.z.p (wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011r., sygn. akt. 1526/11). Zamawiający nie miał uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny przez wykonawcę Blejakan Sp. z o. o. a zatem nie miał podstaw prawnych aby wszczynać procedurę z art. 90 pzp.*

*Podkreślić należy również, iż fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp wykazać winien ten podmiot, który fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej stwierdza i nań się powołuje. Skoro na fakt rażąco niskiej ceny powołuje się Odwołujący, winien on ten fakt wykazać (tak też: wyrok KIO z dnia 5.04.2012, sygn. akt KIO 560/12). Natomiast Odwołujący faktu tego nie wykazał."*

Izba działając z urzędu - nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego.

Izba nie dopuściła, jako dowodów w sprawie opinii prywatnej WACETOB Sp. z o.o. wnioskowanej przez odwołującego, gdyż stanowi ona wyłącznie potwierdzenie określonych poglądów, i może być traktowana jako stanowisko strony. Izba uwzględniła jednak, że szereg zawartych w wymienionej opinii ustaleń, pokrywa się z ustaleniami własnymi Izby. Składane przez odwołującego dowody na okoliczność kosztów usług podwykonawczych, dostaw materiałów, wynajmu sprzętu - obrazują możliwości własne odwołującego.

Dowody wnioskowane przez zamawiającego:

- zestawienie dla zadania 58 i 59, zestawienie dla zadania 58 i 59 w zakresie poz. 329, stanowią oświadczenie własne strony, nie zostały poparte złożeniem kosztorysu inwestorskiego.

Dalsze dowody wnioskowane przez zamawiającego:

- Informacja z otwarcia ofert w dniu 29.05.2013r. dla Kontraktu III,

- Informacja z otwarcia ofert w dniu 25.03.2013r. dla Kontraktu VI/I,
- Informacja z otwarcia ofert w dniu 25.03.2013r. dla Kontraktu Va,
- Informacja z otwarcia ofert w dniu 21 .06.2012r. dla Kontraktu IV,
- pismo przedstawiciela wykonawcy sporządzającego dla zamawiającego projekt budowlany, wykonawczy i kosztorys inwestorski
- potwierdzają, że wobec odmiennych warunków realizacji innych zamówień, w tym na roboty budowlane, a nie na renowacyjne i ich różnicowanego zakresu rzeczowego, proste porównanie cen nie mogło być miarodajne w zakresie oceny zarzutów odwołania.

Wydruki: Rynek budowlany w Polsce w 2013r. skurczy się o 7%; Branża budowlana: jaki będzie rok 2013? Potwierdzają fakty powszechnie wiadome.

Tak samo dowody wnioskowane przez przystępującego wykonawcę BLEJKAN Sp. z o.o. obrazujące ceny głównie robót budowlanych sieci kanalizacyjnych, nie mogły służyć jako materiał porównawczy dla ustalenia koniecznych do poniesienia kosztów dotyczących przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Część I SIWZ. Instrukcja dla wykonawców (IDW).

Pkt 4. Opis przedmiotu zamówienia.

Przedmiot zamówienia stanowi

„Kontrakt III "Modernizacja sieci kanalizacyjnej w Kielcach" w ramach projektu pn, "Kompleksowa ochrona wód podziemnych aglomeracji kieleckiej" współfinansowanego z Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013" realizowany według "WARUNKÓW KONTRAKTOWYCH FIDIC - CZERWONA KSIĄŻKA DLA BUDOWY DLA ROBÓT INŻYNIERYJNO - BUDOWLANYCH PROJEKTOWANYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO", (...). Zamawiający informuje, że załączony do SIWZ przedmiar służy wyłącznie jako materiał pomocniczy do sporządzenia przez Wykonawcę oferty, a podstawą do obliczenia ryczałtowej ceny oferty są Projekty Budowlane i Wykonawcze stanowiące element załączonej do SIWZ Dokumentacji Projektowej oraz STWiORB. Przy ustalaniu kwot, Wykonawca winien odnieść się do Warunków Kontraktu, Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Dokumentacji Projektowej, informacji, instrukcji lub opisów robót jak i zastosowanych materiałów.

Kontrakt III podzielony jest na sześćdziesiąt jeden zadań inwestycyjnych i obejmuje m.in. następujące zakresy robót:

Bezwykopowa renowacja kanałów sanitarnych metodą rur utwardzanych na palcu budowy (CIPP) w zakresie:

Średnica [mm] Sumaryczna długość wszystkich odcinków [m]

Ø 200 - 4473,2

Ø 250 - 1765,1

Ø 300 - 973,9

Ø 700 - 159,4

Sumaryczne długości modernizowanych odcinków są wartościami orientacyjnymi (długości podano na podstawie odczytu licznika metrów kamery inspekcyjnej).

Modernizacja studni kanalizacyjnych w ilości 270 szt.

Budowa nowych studni kanalizacyjnych w ilości 6 szt.

Doszczelnienie włączy przyłączy kanalizacyjnych w kanał główny przy użyciu kształtki kapeluszowej w ilości 172 szt.

Doszczelnienie włączy przyłączy kanalizacyjnych w kanał główny przy użyciu kształtki siodłowej w ilości 3 szt.

Modernizacja kanału sanitarnego DN 300 przy pomocy technologii burstliningu statycznego na długości 42.6m.

Modernizację kolektora sanitarnego DN 800 i DN 700 przy pomocy technologii burstliningu statycznego na długości 988,3 m. Zamówienie obejmuje ponadto roboty odtworzeniowe związane z przywróceniem terenu do stanu pierwotnego zgodnie z warunkami zarządców dróg, wykonanie projektów organizacji ruchu i opłaty za zajęcie pasa drogowego, przeprowadzenie Prób Końcowych oraz usunięcie wszelkich wad w Robotach. Wykonawca wykona także wszelkie czynności niezbędne do oddania robót do eksploatacji. Przy realizacji zamówienia Wykonawca winien uwzględnić sposób eksploatacji kanalizacji sanitarnej oraz konieczność sukcesywnego włączania wykonywanych odcinków do eksploatowanej kanalizacji sanitarnej i odprowadzanie ścieków do systemu kanalizacyjnego miasta Kielc. Wykonawca zobowiązany jest również do przejęcia terenu budowy, uporządkowania terenu robót po ich zakończeniu (przywrócenie do stanu pierwotnego) w terminie nie późniejszym niż termin odbioru technicznego robót (data wystawienia Świadectwa Przejęcia) oraz do pozostawienia po zakończeniu robót całego terenu robót uporządkowanego, czystego i nadającego się do użytkowania. Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia przedstawiony został w części III SIWZ, tj. Opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą:

- tabeli rozliczeniowej, określającej procentowy udział elementów robót w cenie kontraktowej, wypełniony przez wykonawcę według wzoru stanowiącego załącznik 8 do IDW.

Opis sposobu obliczenia ceny podany w SIWZ punkt 24.

1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Cena za roboty budowlane jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Cenę oferty należy obliczyć uwzględniając zakres zamówienia określony w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz inne nakłady jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Punkt 24.2 SIWZ.

W związku z przyjęciem przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, które będzie obowiązywało za prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, obowiązkiem każdego wykonawcy na etapie toczącego się postępowania jest weryfikacja zakresu robót objętego dokumentacją przetargową. Wszelkie roboty towarzyszące i tymczasowe dla robót podstawowych wynikające z przepisów obowiązującego prawa i powszechnie obowiązujących standardów wykonywania robót budowlanych nie będą wchodziły w zakres robót dodatkowych, uzupełniających i będą musiały być wykonane przez potencjalnego wykonawcę na jego własny koszt.

Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty .

Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały w części II niniejszej SIWZ tj. we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Termin wykonania zamówienia wynosi maksymalnie 16 miesięcy przy założeniu, że umowa zostanie zawarta w sierpniu 2013 r. i nie później niż do dnia 31 grudnia 2014 r. Termin wykonania zamówienia obejmuje czas na podpisanie Umowy, Czas na Ukończenie oraz Okres Zgłaszania Wad. W przypadku zawarcia umowy w terminie późniejszym niż sierpień 2013 r. maksymalny okres wykonania zamówienia ulegnie odpowiedniemu skróceniu.

Okres rękojmi wynosi 50 miesięcy od dnia wystawienia Świadczenia Przejęcia, o którym mowa w kl.10.1 warunków kontraktowych. Zamawiający przewiduje zamówienia uzupełniające w kwocie nie przekraczającej 50% wartości zamówienia podstawowego zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6) Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.).

Według postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zamawiający przewiduje zmiany umowy w sytuacji gdy nastąpi: I. zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy lub terminów

wykonania zadań określonych w Harmonogramie stanowiącym załącznik nr 7 do IDW spowodowana:

- 1) siłą wyższą, o której mowa w kl. 19 [Siła Wyższa] Warunków Kontraktowych, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu Umowy zgodnie z SIWZ,
- 2) warunkami atmosferycznymi potwierdzonymi przez właściwą stację meteorologiczną:
  - a) katastrofy żywiołowe, o których mowa w kl. 19.1. (v) [Definicja Siły Wyższej] Warunków Kontraktowych;
  - b) warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych, w tym przeprowadzenie prób i sprawdzeń, dokonanie odbiorów - to jest wystąpienie średniodobowej temperatury poniżej minus 5 stopni Celsjusza w okresie dłuższym niż 7 dni.
- 3) warunkami geologicznymi, terenowymi, archeologicznymi, wodnymi itp., w szczególności:
  - a) odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki geologiczne (kategorie gruntu, skał, itp.) pod warunkiem wystąpienia kategorii gruntu równej lub większej od kategorii VI na łącznej długości co najmniej 10% całego zakresu robót;
  - b) odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki terenowe, w szczególności istnienie podziemnych i nadziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów;
  - c) niewypały i niewybuchy, zagrożenie tąpnięciami, wybuchem;
  - d) wykopaliska archeologiczne, szkody górnicze, nie przewidywane w SIWZ.
- 4) zmianami będącymi następstwem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności:
  - a) wstrzymanie realizacji umowy przez Zamawiającego;
  - b) konieczność wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej lub dokumentacji technicznej urządzeń;
- 5) zmianami będącymi następstwem działania organów administracji, w szczególności:
  - a) przekroczenie zakreślonych przez prawo terminów wydania przez organy administracji decyzji, zezwoleń, itp.;
  - b) odmowa wydania przez organy administracji wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień na skutek błędów w dokumentacji projektowej,
  - c) konieczność uzyskania wyroku sądowego, innego orzeczenia sądu lub organu, którego konieczności nie przewidziano przy zawieraniu umowy
  - d) konieczność zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich – w tym grup społecznych lub zawodowych nieartykułowanych lub niemożliwych do jednoznacznego określenia w chwili zawierania umowy;

W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w punktach I.2), I.3) i I.4) lit. b) termin wykonania umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas

niezbędny do zakończenia wykonywania jej przedmiotu w sposób należyty, nie dłużej niż o okres trwania tych okoliczności i nie dłużej niż o 2 miesiące.

W przypadku okoliczności opisanych w punktach 1.1), 1.4) lit. a) oraz 1.5), termin zakończenia umowy może być przedłużony o czas trwania tych okoliczności nie dłużej jednak niż o 3 miesiące.

Zapisy powyższego pkt. I stosuje się odpowiednio do zmiany Czasu na Ukończenie Robót. Zamawiający przewiduje iż w sytuacji gdy dojdzie do zmiany terminu Czasu na Ukończenie Robót, zmianie (skróceniu) może ulec również Okres Zgłaszania Wad.

**Powyższe zmiany nie mogą pociągać za sobą zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.**

II. zmiana sposobu spełnienia świadczenia

1) zmiany technologiczne, w szczególności:

a) niedostępność na rynku materiałów lub urządzeń wskazanych w ofercie, dokumentacji projektowej lub technicznej spowodowana zaprzestaniem produkcji lub wycofaniem z rynku tych materiałów lub urządzeń;

b) pojawienie się na rynku, części, materiałów lub urządzeń nowszej generacji pozwalających na zaoszczędzenie kosztów eksploatacji i wykonania przedmiotu umowy;

c) konieczność zrealizowania projektu przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych niż wskazane w ofercie, dokumentacji projektowej lub technicznej w sytuacji, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem projektu;

d) odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki geologiczne (kategorie gruntu wyższe o przyjętych w projekcie) skutkujące niemożliwością zrealizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych;

e) odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki terenowe, poziom wód podziemnych, istnienie podziemnych i nadziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów infrastrukturalnych;

f) konieczność zrealizowania projektu przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych ze względu na zmiany obowiązującego prawa;

g) konieczność zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich – w tym grup społecznych lub zawodowych nie artykułowanych lub nie możliwych do jednoznacznego określania w chwili zawierania umowy

**Zmiany, o których mowa w pkt. 11.1 lit. a), b), c), d), e), f), g) nie mogą stanowić podstawy zwiększenia wynagrodzenia.**

2) Zmiany organizacji spełniania świadczenia:

a) zmiana treści dokumentów przedstawianych wzajemnie przez strony w trakcie realizacji Umowy lub sposobu informowania o realizacji Umowy. Zmiana ta nie może spowodować



braku informacji niezbędnych Zamawiającemu do prawidłowej realizacji Umowy. **Zmiana taka nie może pociągać za sobą zmiany wynagrodzenia oraz czasu realizacji.**

Wszystkie powyższe postanowienia stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody.

3) zmiana sposobu rozliczania umowy lub dokonywania płatności na rzecz Wykonawcy na skutek zmian zawartej przez Zamawiającego umowy o dofinansowanie projektu lub wytycznych dotyczących realizacji projektu;

4) rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z części zamówienia tj. elementu Tabeli rozliczeniowej, określającej procentowy udział elementów robót w cenie kontraktowej, wartość niezrealizowanych robót zostanie wyliczona jako iloczyn ceny ofertowej i udziału procentowego elementu w cenie ryczałtowej. W przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z części elementu Tabeli rozliczeniowej, wartość niezrealizowanych robót zostanie wyliczona proporcjonalnie jako iloczyn ceny ofertowej, udziału procentowego elementu w cenie ryczałtowej z Tabeli oraz ilości niezrealizowanych jednostek.

Zamawiający zapłaci za wszystkie dotychczas spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które Wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami.

Tabela rozliczeniowa określająca procentowy udział elementów robót w cenie kontraktowej z podziałem na 61 zadań, w objaśnieniach stwierdza, że poszczególne pozycje opisują w sposób scalony zakres robót objętych kontraktem. Przyjmuje się, że dana pozycja opisana w tabeli w sposób skrócony odpowiada swoim zakresem pełnemu opisowi prac podanemu we wszystkich dokumentach kontraktu.

Przy wycenie robót opisanych i wyszczególnionych w tabeli należy uwzględnić udział robót towarzyszących, zużycie materiałów niezbędnych do kompletnego i należytego wykonania prac oraz ryzyko z tym związane.

Cena oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. 7 121 700,00 zł brutto (netto 5 790 000,00 zł).

Cena ofertowa odwołującego wynosi 10 716 276, 60 zł brutto (netto 8 712 420,00 zł).

Wartość szacunkowa zamówienia według kosztorysu inwestorskiego wyliczona 4 lutego 2013 r. (dane z protokołu postępowania) - wynosi 9 674 724,44 zł netto. Według informacji z protokołu oszacowania wartości zamówienia, oszacowania tego dokonano na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego w październiku 2012 r. przez firmę BBF z Poznania. W ramach zamówienia przewidziane są zamówienia uzupełniające w wysokości nie przekraczającej 50% wartości zamówienia podstawowego – tj. 4 836 362,22 zł. Łączna wartość zamówienia podstawowego i uzupełniającego wynosi 14 509 086,66 zł netto.

Zamawiający na otwarciu ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 11 897 451,06 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył bowiem ofertę znajdującą się na drugim miejscu w rankingu ofert, a w przypadku wykazania, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, odwołujący mógłby ponieść szkodę, wskutek pozbawienia szans na wybór oferty i zawarcia umowy na realizację zamówienia.

Należało zważyć, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie nakazuje każdorazowo wzywać wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną do wyjaśnień w jaki sposób wykonawca osiągnął proponowaną cenę.

Zastosowane procedury określonej przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pozostaje zatem suwerenną decyzją zamawiającego, która jednak powinna być osadzona w realiach konkretnego postępowania. Ponadto jako czynność lub ewentualne zaniechanie czynności, poddana jest weryfikacji w drodze stosowania środków ochrony prawnej. Istotne znaczenie w niniejszym stanie faktycznym miało udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający mógł i powinien powziąć wątpliwość co do zaniżenia ceny wskazanej w ofercie zaoferowanej przez wykonawcę BLEJKAN Sp. z o.o.

Jak wynika z wyroku KIO z dnia 21 lipca 2010 roku *„Brak definicji pojęcia „rażąco niska cena” oraz brak jednoznacznego wskazania kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej sprawia, że każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia”* (sygn. akt KIO/UZP 1418/10, LEX nr 612201).

Zamówienie w ocenie Izby, ma specyficzny charakter modernizacji sieci kanalizacyjnej w Kielcach, przy pomocy specjalistycznych technologii stosowania wykładzin CIPP oraz bezwykopowej renowacji przy zastosowaniu metodologii burstliningu, inaczej nazywanej metodą krakingu.

Nie można było nie zauważyć, że w tym postępowaniu na roboty budowlane, wpłynęły jedynie 2 oferty, tj. oferta odwołującego oraz przystępującego. Zazwyczaj w przetargach na roboty budowlane ilość składanych oferty bywa większa. Zdaniem Izby, wpływ na taki stan rzeczy mogły mieć dwa czynniki. Wspomniany specjalistyczny charakter robót, a ponadto może nawet w wyższym stopniu, ustalony przez zamawiającego sposób

ustalenia ceny ofertowej i rozliczeń, stwarzający dla wykonawcy znaczne ryzyko niedoszacowania ceny oferty.

Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe za cały przedmiot zamówienia, obejmujący 61 zadań. Cechą wynagrodzenia ryczałtowego, wynikającą z regulacji art. 628 K.c. w związku z art. 632 K. c. w związku z art. 14 ustawy Pzp jest jego niezmiennosc, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Izba uznaje, że tak ustalone wynagrodzenie odnosi się do zakresu prac opisanego w dokumentacji projektowej, gdyż odrębną od przepisów K.c. regulację w tym względzie zawiera art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązujący zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. W sytuacji gdyby z przyczyn niemożliwych wcześniej do przewidzenia, ujawnił się jakiś zakres robót do wykonania nie ujętych w dokumentacji - koniecznych dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego - stanowiłoby to z zasady podstawę do udzielenia nowego zamówienia na roboty dodatkowe, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Przytaczany wyżej materiał dowodowy ustalony w trakcie rozprawy, pozwala na wnioski, iż zamawiający praktycznie wyeliminował możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego, nawet gdyby zaistniała sytuacja wpisująca się w dyspozycję przywołanej wyżej normy. Zamawiający wykluczył bowiem jakiegokolwiek podwyższenie wynagrodzenia lub zapłatę dodatkowego wynagrodzenia z wszelkich przyczyn, które mogłyby obciążać inwestora np. braki, zmiany w dokumentacji technicznej, odmienne warunki geologiczne niż rozpoznane w dokumentacji, działanie siły wyższej i inne okoliczności mogące powodować wzrost kosztów robót po stronie wykonawcy.

Zdaniem Izby, przerzucenie wszelkich ryzyk na wykonawcę, które w szczególności mogą ujawnić się w trakcie prac remontowych modernizowanej sieci kanalizacyjnej, mogło też być powodem małego zainteresowania ze strony wykonawców przedmiotowym przetargiem.

Na obecnym etapie postępowania postanowienia SIWZ zostały w sposób ostateczny ukształtowane, a skoro nie zostały podważone w drodze korzystania z przysługujących środków ochrony prawnej przez firmy mogące potencjalnie uczestniczyć w przetargu, wykonawcy którzy zdecydowali się złożyć oferty - zobowiązani byli podporządkować się wyznaczonym warunkom, co oznacza, iż powinni zidentyfikować wszelkie ryzyka kosztowe i ująć je w cenie złożonej oferty.

Zamawiający ustalił szacunkową wartość przedmiotu zamówienia obliczoną na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 9 674 724,44 zł netto. Podał też kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 11 897 451,06 zł brutto.

Cena oferty przystępującego wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. wynosi 7 121 700,00 zł brutto (netto 5 790 000,00 zł). Cena ofertowa odwołującego wynosi 10 716 276, 60 zł brutto (netto 8 712 420,00 zł).

Z uwagi na złożenie jedynie dwóch ofert, wyprowadzenie średniej rynkowej ceny ofert w tym postępowaniu, jest utrudnione. Nie dają takiej wskazówki, z uwagi na odmienne każdorazowo warunki realizacji zamówienia, koszty budowy, czy też modernizacji sieci kanalizacyjnych na podstawie ofert złożonych w innych przeprowadzonych postępowaniach. Z tych też względów Izba nie dopuściła wnioskowanych dowodów w tym zakresie. Nie stwarzały one bowiem wystarczającej podstawy do oparcia rozstrzygnięcia odwołania w kierunku potwierdzenia lub też wykluczenia rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o.

Obliczenie wartości zamówienia służyło zamawiającemu do ubiegania się o środki unijne dla sfinansowania tego projektu. Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego - ustalone szacunkowe wynagrodzenie nie odbiegało od wyceny opracowanej w oparciu o Studium Wykonalności Projektu. Mimo, iż było sporządzone 4 lutego bieżącego roku, to opierało się na kosztorysie inwestorskim z października 2012 r. oraz głównie miało za cel zabezpieczać finansowanie inwestycji i określać maksymalną kwotę, jaką zamawiający mógł wydatkować na przedmiotowe zamówienie.

Tabela rozliczeniowa według wzoru załącznika nr 8, określająca procentowy udział elementów robót w cenie kontraktowej, nie stanowi kosztorysu ofertowego, opracowanego w oparciu o przekazany wykonawcom przedmiar robót, wprowadzający jednolite i porównywalne podstawy wyceny ofert. Co najwyżej może być uznana za zobrazowanie planowanych nakładów do przerobu przez wykonawcę na wyznaczone elementy robót dla poszczególnych zadań, ujętych zbiorczo w sposób zagregowany, standardowo składających się z grup robót: przygotowawczych, technologicznych, powykonawczych, renowacji studni kanalizacyjnych i kosztów organizacji ruchu, w tym zajęcia pasa drogowego.

Planowane przez wykonawcę nakłady na wyznaczone zakresy prac, mają dawać zamawiającemu możliwość bieżącego kontrolowania postępu prac i zabezpieczenia finansowania prowadzonych robót.

Z wymienionych względów w zasadzie za pozbawione znaczenia, Izba uznała wskazywane zarówno przez odwołującego, jak i zamawiającego różnice, w procentowym ustaleniu nakładów dla poszczególnych pozycji w wybranych zadaniach w ofercie

odwołującego i przystępującego, które przy tym kształtowały się różnie. W niektórych elementach cena oferty przystępującego była niższa, w niektórych zaś pozycjach można było zauważyć niższą cenę w ofercie odwołującego. Liczące są jednak odnotowane różnice w cenie całkowitej ofert.

Izba podziela poglądy zamawiającego, iż w szczególności przy cenie ryczałtowej, wykonawca nie ma obowiązku kalkulacji każdego jednego elementu składowego wyceny robót na poziomie rentowności. Cena całkowita oferty ma bowiem być skalkulowana w ten sposób, aby pokryć koszty wykonanych robót oraz przynieść wykonawcy zysk, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania.

Rażąco niska cena odnoszona jest, jak wynika z treści przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp do przedmiotu zamówienia, a nie wybranego elementu. Jeżeli nawet odwołujący, w przeciwieństwie do przystępującego, zaplanował np. znaczące nakłady na okres początkowy prac przygotowawczych, może to świadczyć o tym, że chciałby sobie zapewnić jak największe finansowanie robót w okresie początkowym, aby nie korzystać z kredytu. Nie musi natomiast wprost wskazywać na to, że oferta konkurenta zawiera rażąco niską cenę.

Kategoryczny zarzut, iż oferta przystępującego wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, Izba uznała za przedwczesny. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, musi być bowiem poprzedzone obligatoryjnie wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień, przewidzianym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający jedynie po wyczerpaniu procedury wymienionej w art. 90 ustawy Pzp, mógłby podjąć decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy z omawianej przyczyny. Żaden wykonawca nie może być bowiem pozbawiony prawa do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdyby zamawiający miał zamiar odrzucić ofertę, jako zawierającą rażąco niską cenę. Także Izba nie może nakazać odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, jeżeli uprzednio wykonawca nie był wzywany do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przechodząc do rozstrzygnięcia sprawy, Izba uwzględniła okoliczności, że dostępne punkty odniesienia - to znaczy cena oferty wybranej do ceny oferty odwołującego oraz wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia – wykazują na tyle znaczące różnice, które w szczególności w kontekście omawianych wyżej uwarunkowań obliczenia ceny oferty, i związanych z tym ryzyk, w całości obciążających wykonawcę, dawały podstawy i powinny skłonić zamawiającego do powzięcia uzasadnionych wątpliwości, czy wykonawca BLEJKAN Sp. z o.o. w pełni zidentyfikował te ryzyka i ujął potencjalną, ale też realną możliwość zwiększonych kosztów robót w cenie swojej oferty.

W realiach niniejszego postępowania, za trafny Izba uznała zarzut odwołującego, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przyjęcie oferty wykonawcy bez sprawdzenia realności zaoferowanej ceny, może mieć negatywne skutki nienależytego wykonania zamówienia, bądź odstąpienia w trakcie realizacji od umowy przez którąkolwiek ze stron. Może też powodować roszczenia o zapłatę zwiększonego wynagrodzenia, (które zamawiający z góry wykluczył), zagrażające płynności i terminowości prowadzonych prac i ich ukończenia w założonym terminie, co ma szczególne znaczenie z uwagi na graniczne daty wykorzystania środków unijnych, z których głównie finansowany jest projekt.

Zamawiający winien te wszystkie uwarunkowania uwzględnić przy ocenie ofert, czego w przekonaniu Izby bezpodstawnie zaniechał.

W celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Pytanie do wykonawcy powinno zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zobowiązany będzie wskazać w wezwaniu - w jakim zakresie oczekuje złożenia wyjaśnień. Mimo, że rażąco niska cena może być odnoszona do ceny całkowitej oferty, to z uwagi na znaczący udział kosztach przedmiotowego zamówienia zadań 58 i 59 Przebudowa sieci kanalizacyjnej - kolektor, w szczególności na przewidzianą specjalistyczną metodę burstliningu statycznego (krakingu) wykonania renowacji kanałów (700, 800 mm) na odcinku blisko 1000 m, wymagających dedykowanych urządzeń i materiałów - rur przeciskowych, zamawiający powinien uzyskać od przystępującego wyjaśnienia odnośnie skalkulowania tego elementu, pozwalające na przyjęcie realności założeń cenowych tak ze względu na konieczne do zastosowania materiały, jak i użycie wysoko specjalistycznego sprzętu wymaganej mocy. Z okoliczności, że rażąco niską cenę oferty ustala się do całości przedmiotu zamówienia nie można wywodzić, iż ta sama reguła obowiązuje przy żądaniu wyjaśnień w procedurze art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający jest uprawniony, aby wymagać wyjaśnień w odniesieniu do oznaczonych pozycji, w szczególności znacząco wpływających na wysokość ceny, chociaż ewentualny zarzut rażąco niskiej ceny musiałby sprowadzić do całości przedmiotu zamówienia. Z wymienionych względów jak najbardziej celowe było przeprowadzenie weryfikacji ceny oferty przystępującego w odniesieniu do poz. 58 i 59 zestawienia procentowego udziału w cenie oferty tego wykonawcy. Zamawiający wprawdzie wykazywał, iż wartość kosztorysu inwestorskiego dla całego zadania 58 i 59 wynosi 3 335 259,61 zł, podczas gdy odwołujący zaoferował wykonanie tegoż zadania za kwotę 4 901 520,37 zł, co stanowi 146,96% wartości zadania w stosunku do wartości

kosztorysowej, zaś wykonawca BLEJKAN Sp. z o.o. zaoferował wykonanie tegoż zadania za kwotę 2 226 776,10 zł, co stanowi 66,76% wartości zadania w stosunku do wartości kosztorysowej, to nadal jest to znacząca różnica również w stosunku do oszacowania, z uwagi na całościowe ujęcie kosztów zadania - nie odzwierciedlająca realności przyjętych założeń kalkulacyjnych w zakresie materiałowym, czy sprzętowym.

Powyżej przytoczone dane liczbowe, oparte są jedynie na oświadczeniach zamawiającego, albowiem dowód w postaci kosztorysu inwestorskiego nie został przez zamawiającego przedłożony. Zamawiający dla wykazania swoich twierdzeń nie jest zwolniony z ogólnych reguł dowodowych ustanowionych art. 6 K.c. i art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

Ocena zamawiającego złożonych przez wykonawcę BLEJKAN Sp. z o.o. wyjaśnień powinna być natomiast dokonana w oparciu o obiektywne czynniki (vide wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 roku, sygn. akt KIO 2813/11). Rolą zamawiającego będzie więc w tym przypadku ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach elementy mają charakter realnie istniejący, przy tym odnoszący się w sposób zindywidualizowany do możliwości danego wykonawcy oraz w jakim zakresie wpływają one na cenę oferty. Należało również podkreślić, że ustawodawca celowo posługuje się określeniem „rażąca”, a nie na przykład „bardzo niska”, czy „wyjątkowo niska”, a więc cena nieodparcie narzucająca takie wnioski. „Nie jest wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena bardzo znacząco, różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu „zamówienia” (wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1483/10, LEX nr 616645). Należy pogodzić się z faktem, iż w systemie gospodarki wolnorynkowej konkurencja na rynku jest ogromna, a oferty składane przez konkurencyjnych przedsiębiorców mogą być dużo korzystniejsze. Przyczyn takiego faktu można także poszukiwać w wewnętrznych działaniach poszczególnych firm, które determinują kształtowanie się cen na danym obszarze. Bowiem „sam fakt, że cena odbiega swą wysokością od cen pozostałych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, że cena oferty wybranej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Można nawet w indywidualnych przypadkach twierdzić (mieć przypuszczenie), że ceny konkurentów są zawyżone” (orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 7 stycznia 2010 roku, sygn. akt DFP-RKO-540-2/9/09, Biul. NDFP 2010/2/6). Izba uwzględniła zgłaszany przez zamawiającego powszechnie wiadomy fakt, że w okresie dekonunktury wykonawcy obniżają ceny. Stanowiło to dodatkowy argument na rzecz celowości i podstaw sprawdzenia realności ceny przystępującego, albowiem w takiej sytuacji wykonawcy mają naturalną skłonność kalkulowania cen na granicy rentowności, w sposób nieracjonalny pomijając ryzyka, które w

tym postępowaniu Izba uznała za szczególnie znaczące, i powodujące konieczność utworzenia rezerw na koszty nieprzewidziane.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10 stycznia 2012 roku (sygn. akt KIO 2813/11) domniemanie faktyczne rażąco niskiej ceny zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Zasada ta ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający, nie jest natomiast przenoszona na grunt postępowania odwoławczego. Jeśli zamawiający uzna, iż wykonawca obalił domniemanie rażąco niskiej ceny – powodowane samym faktem wezwania do wyjaśnień, to rolą odwołującego się wykonawcy – gdyby doszło do następnego odwołania - byłoby wskazanie przyczyn, dla których taka ocena byłaby nieuprawniona i ich udowodnienie (art. 6 K.c.). Przy czym podstawą dla wskazania wadliwości działań zamawiającego jest każdorazowo treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, które nie mogą sprowadzać się do ogólnikowych stwierdzeń, ale muszą być na tyle skonkretyzowane, poparte wyliczeniami, ewentualnie dowodami - aby ich weryfikowalność była zapewniona.

Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - uwzględnione przez Izbę - należało podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, że zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisom art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BLEJKAN Sp. z o.o. do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny.

W następstwie naruszenia przepisów ustawy Pzp wymienionych wyżej, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania – przez wybór oferty przystępującego bez sprawdzenia realności zaproponowanej ceny, zamawiający naruszył zasady określone w art. 7 ust 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2) oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: .....**



