

**Sygn. akt: KIO 1403 /12**

**WYROK**

**z dnia 19 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniach 17 i 18 lipca 2012r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012r. przez **odwołującego** Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” Mochnaczka Wyżna 59; 33-380 Krynica-Zdrój w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Związek Międzygminny ds. Ekologii w Żywcu ul. Ks. Pr. St. Słonki 22; 34-300 Żywiec

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (pełnomocnik), Firma WAFRO S.A. z siedzibą w Brzozowie (partner), Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (partner) na adres pełnomocnika ul. Ks. Pr. St. Słonki 24; 34-300 Żywiec zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1 uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 26.06.2012r. celem ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” Mochnaczka Wyżna;

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego** Związek Międzygminny ds. Ekologii w Żywcu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 **zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez **odwoływającego** Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” Mochnaczka Wyżna tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego** Związek Międzygminny ds. Ekologii w Żywcu na rzecz **odwoływającego** Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” Mochnaczka Wyżna kwotę 23.600 **zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwoływającego

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

**Przewodniczący:**

### Uzasadnienie

W dniu 06.07.2012r. pismem z dnia 05.07.2012r. Krzysztof Machnik prowadzący Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” z siedzibą w Mochnaczka Wyżna wniósł odwołanie na czynność zamawiającego ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzi Związek Międzygminny ds Ekologii w Żywcu, którego przedmiotem jest budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Milówka -kontrakt Nr 12b.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19.11.2011r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod. poz.2011/S 223-361971

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt. 1) w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, pozycja 759 z późniejszymi zmianami) zwanej dalej „ustawą”.

Czynnościom zamawiającego zarzucono:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w związku z dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty wbrew zasadom określonym w art. 91 ust. 1 ustawy,
2. naruszenie art. 7 ust.1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 4, art. 90 ust. 1, ust. 2 i ust.3 ustawy w związku z odrzuceniem oferty odwołującego podając jako powód odrzucenia rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z zaniechaniem dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Na podstawie wskazanych naruszeń ustawy odwołujący zażądał:

1. nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Zakład Robót Inżynieryjnych „WODPOL” sp.z.o.o. - Firma WAFRO S.A. - Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD sp. z o.o.,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
4. zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedstawionej na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołujący wskazuje na bezzasadność odrzucenia jego oferty, podważając stanowisko zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 26 czerwca 2012r. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach wykluczonych i odrzuceniu oferty odwołującego.

Odnosząc się do kolejnych stwierdzeń w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołujący podnosi:

1. stanowisko Inżyniera Kontraktu jest błędne, ponieważ nie są znane ceny sprzętu innych wykonawców. Sprzęt uznany przez Inżyniera Kontraktu za zbędny jest potrzebny do realizacji zamówienia.
2. Nie można porównać się z cenami innych wykonawców, ponieważ nie są znane. Odwołujący ma zapasy kamienia do wykonania zamówienia. Wydobyć można zwiększyć nawet do 100% jeżeli zajdzie taka potrzeba. Odwołujący przedstawił kalkulację ceny kamienia. Koszty przewozu są obliczane błędnie, ponieważ w dwie strony. Odwołujący w drugą stronę ma inny ładunek i koszt jest mniejszy niż policzył Inżynier Kontraktu.
3. Nieprawdą jest, że nie wyjaśniono kwestii paliwa. Kalkulacje ceny wyjaśniano bardzo szczegółowo.
4. Obniżenie ceny z powodu tańszych materiałów odwołujący wyjaśnił bardzo szczegółowo. Nieprawdą jest, że odwołujący chce wykonać roboty z materiałów niezgodnych z siwz. Przecież każdy materiał i wyrób musi być akceptowany przez Inżyniera Kontraktu.

5. Nikt również Inżynier Kontraktu nie podaje cen innych wykonawców, ponieważ ich nie zna.
6. Wytwórnia mas bitumicznych będzie zlokalizowana na terenach przemysłowych, gdzie podobna wytwórnia istnieje. Przedłożono zamawiającemu miejsce lokalizacji ale żądanie na tym etapie pozwolenia na budowę jest przedwczesne. Poza tym zamawiający nie żądał wskazania miejsca lokalizacji wytwórni. Porównanie ceny masy bitumicznej z innymi wykonawcami jest nieuprawnione, ponieważ odwołujący nie zna ich cen a poza tym nie wie skąd będzie masa przez nich dowożona. Podsumowując odwołujący stwierdził, że nie zna odległości transportu, Kp, Z, cen sprzętu. Inżynier Kontraktu nie udowodnił, że cena odwołującego jest rażąco niska, a o ile to kwestionuje to ma taki obowiązek. Odwołujący podał ceny jego mas bitumicznych oraz receptury chociaż takiego obowiązku nie ma na tym etapie. Stanowisko Inżyniera Kontraktu jest gołosłowną negacją, bez żadnych uzasadnień rachunkowych i merytorycznych.
7. Każdy profesjonalista posiada wiedzę, że jeżeli na jednym terenie prowadzi się trzy budowy to koszty sprzętu, robocizny, dostawy materiału, miejsc składowych rozkłada się na trzy budowy.
8. „Na tym etapie mamy obowiązek udokumentować, że cena całej oferty nie jest rażąco niska, a nie ceny poszczególnych pozycji- według tabel z zawyżonymi nakładami, które przekazano nam do wypełnienia”.
9. „W tym punkcie wyjaśnień, wykazaliśmy, że cena naszej oferty nie jest ceną rażąco niską. IK nie udowodnił matematycznie i logicznie, że nasze wyjaśnienia są niewystarczające.”

Podsumowując odwołujący stwierdza, że czynność odrzucenia jest czynnością zamawiającego i wbrew temu co twierdzi Inżynier Kontraktu przy dokonywaniu czynności odrzucenia, po złożeniu wyjaśnień zamawiający zgodnie z obowiązującymi zasadami art.6 k.c. musi wykazać, że cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest ceną odbiegająca od rzeczywistej wartości, a różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającym danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, wykonać to zamówienie.

W dniu 9 lipca 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum wykonawców: WODPOL sp. z o.o. (lider), Firma WAFRO S.A. (partner) i Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD sp. z o.o.(partner).

Na rozprawie zamawiający złożył pismo z dnia 16.07.2012r. wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Jak zamawiający przyznał wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

W udzielonej odpowiedzi zamawiający zakwestionował zgodność z prawem stanowiska odwołującego, który uważa, że dopiero czynność odrzucenia oferty w związku z udzielonymi wyjaśnieniami daje podstawę wykonawcy do zaskarżenia czynności wezwania do udzielenia wyjaśnień. W ocenie zamawiającego termin do wniesienia odwołania rozpoczyna bieg od dnia wezwania do udzielenia wyjaśnień na co przywołał wyroki KIO w sprawie Sygn. akt 425/12, 2345/11, 1607/11, 2324/11.

Zamawiający we wniesionym piśmie nie zgadza się z poglądem odwołującego, który uważa, że zamawiający popadł w sprzeczność, ponieważ zamiast skupić się w wezwaniu na wyjaśnieniu dotyczącym przedmiotu zamówienia miał odnieść się w wyjaśnieniach do sytuacji innych wykonawców. Zamawiający prezentuje stanowisko zgodnie z którym nie musiał ograniczać się tylko do wytycznych wyroku KIO o Sygn. akt 830/12 a tym bardziej z uwagi na treść sentencji wyroku. Bowiern podstawę do zażądania wyjaśnień stanowi wyrok ale również oferta Krzysztofa Machnika i treść art. 90 ustawy.

Co do wymogu postawionego przez zamawiającego odniesienia się do ofert innych wykonawców to zamawiający powołał się na treść uzasadnienia wyroku oraz fakt zapoznania się z ofertami innych wykonawców przez odwołującego a także odniesienia się w wyjaśnieniu do cen w innych postępowaniach przetargowych.

Zamawiający również nie zgadza się z poglądem odwołującego, który podnosi, że przedmiotem badania jest cena a nie jej poszczególne elementy. Bowiern z samego wyroku wynika, że przedmiotem badania powinny być elementy oferty składające się na cenę. Zamawiający odrzucając ofertę oparł się na opinii Inżyniera Kontraktu, który wyraził się jasno, że odwołujący nie rozwiął wątpliwości, nie wyjaśnił tego o co był wzywany.

Podsumowując swoje stanowisko w piśmie złożonym na rozprawie zamawiający oświadcza, że wnosi o oddalenie odwołania, ponieważ PBI MACHNIK udzielił odpowiedzi lakonicznej i dalece niewystarczającej do stwierdzenia, że odwołujący nie złożył rażąco niskiej ceny a w odwołaniu skupia się głównie na kwestionowaniu treści wezwania do wyjaśnień co zamawiający uważa za spóźnione.

Również przystępujące po stronie zamawiającego konsorcjum WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, Firma WAFRO S.A. z siedzibą w Brzozowie oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (konsorcjum WODPOL) na rozprawie pismem z dnia 17.07.2012r. przedstawiło swoje stanowisko.

Kwitując wywody w niniejszym piśmie na temat zakresu wyjaśnień w kontekście wyroku Sygn. akt KIO 830/12, możliwości rozszerzenia wyjaśnień według potrzeb odwołującego, czasu do wniesienia zarzutów co do treści wezwania zamawiającego oraz możliwości stosowania przez zamawiającego art. 90 ustawy w całej rozciągłości ze wskazaniem kluczowych zagadnień wynikających z ww wyroku, przystępujący stwierdza, że ciężar dowodzenia na etapie weryfikowania rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ma udowodnić, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny czyli wykazać okoliczności, które powodują uprzywilejowaną sytuację odwołującego w stosunku do innych wykonawców.

Przystępujący porusza również zagadnienie realności ceny w kontekście możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Wiedza, doświadczenie i zdrowy rozsądek zamawiającego, jak podnosi przystępujący, stanowią podstawę weryfikacji tychże wyjaśnień.

Dlatego przystępujący powinien przedstawić okoliczności, które w jego ocenie różnicują jego pozycję na rynku i uzasadnić jaki mają te okoliczności /różnice wymierny wpływ w tym stanie faktycznym. Poruszono kwestię kamieniołomu i jego odległości 180 km od terenu realizacji zamówienia. Mobilna wytwórnia masy bitumicznej – brak konieczności uzyskania pozwolenia środowiskowego w kontekście ekologicznego charakteru terenu objętego zamówieniem – certyfikaty, atesty, zaświadczenia, opinie. Własna stacja paliw – dostawy po cenie w sposób znaczny wpływający na ceny materiałów. Ceny materiałów oparte o dostawców, których materiały są zgodne z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w siwz. Park maszynowy, który zostanie użyty – jaki wpływ powyższego na zaoferowaną cenę. Powinien wyjaśnić dlaczego uważa, że samodzielne realizowanie zamówienia wpływa na obniżenie jego ceny. Przywołał również zalecenie Izby co do pokazania stawki zysku, czy realizuje inne zadania o podobnym charakterze, które pozwalają na zastosowanie efektu skali ( portfel zamówień). Przy czym powyższe informacje powinny być weryfikowalne czyli do sprawdzenia. Wszelkie ewentualne wyliczenia winny być poparte jasnym i klarownym odniesieniem do oferty określonych dostawców materiałów. W ocenie przystępującego w wyjaśnieniach odwołujący nie wykazał, że znajduje się w jakiejś szczególnej sytuacji w stosunku do innych wykonawców i nie wykazał jaki wymierny wpływ jego sytuacja ma na zróżnicowanie jego pozycji na rynku. W przeciwieństwie do odwołującego Inżynier Kontraktu w swojej opinii wykazał w sposób bezsporny i bezsprzeczny swoje stanowisko.

Przystępujący podnosi, że wyjaśnienia chociaż zawarte na 515 stronach to od strony 129 do 413 są to dowody zakupu bądź instrukcje zakupu lub karty gwarancyjne różnych typów zbiorników paliwa lub urządzeń a za same wyjaśnienia można uznać kilkanaście wierszy. Odwołujący nie udowodnił, że posiada stację paliw.

Odwołujący nie odpowiedział na znaczącą część pytań zamawiającego.

Odwołujący nie obalił domniemania złożenia oferty z rażąco niską ceną.

W ocenie przystępującego odwołujący wielokrotnie wykazuje z rozbijającą szczerością, że realizowałby zamówienie niezgodnie z siwz. Z kolei zbiorcze zestawienie całej masy asfaltowej wskazuje, że odwołujący planuje wykonać nawierzchnie cieńsze niż przewidziano w projekcie. Dalej przystępujący przywołuje wyrok KIO 621/12 gdzie Izba oddaliła odwołanie odwołującego na odrzucenie jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny. W wyroku tym stwierdzono, że takie wyjaśnienia nie dają podstawy do merytorycznej oceny, że wykonawca wyjaśnił zaoferowaną cenę, że nie jest rażąco niska. Na podstawie sprawy KIO 621/12 przystępujący podnosi, że odwołujący złożył przecież już co najmniej raz ofertę z rażąco niską ceną co potwierdzono w tym wyroku. Przystępujący przywołał również opinię Urzędu Zamówień Publicznych Informator UZP czerwiec 2012, z której wynika, że „Brak jest przy tym podstaw do przyjęcia, że zamawiający powinien zaakceptować w tym zakresie jakąkolwiek formę i treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę.(...) Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona.”

W podsumowaniu swojego stanowiska przystępujący podkreślił:

1. Faktem jest, że domniemanie złożenia oferty z rażąco niską ceną zostało stwierdzone wyrokiem z dnia 10.05.2012r. o Sygn. akt KIO 830/12. Zatem kwestia zasadności wezwania jest bezsporna.
2. Faktem jest, że już na rozprawie w ww sprawie broniąc zarzutu rażąco niskiej ceny odwołujący wskazał na okoliczności, które jego zdaniem pozwoliły mu zaoferować tak niską cenę.
3. Faktem jest, że Izba w wyroku nakazała wezwanie i określiła poziom wymagań co do zakresu, szczegółowości i weryfikowalności wyjaśnień. Co nie oznacza, że Izba zawężyła zakres wyjaśnień.
4. Zamawiający wykonał należycie wyrok nie ograniczając odwołującemu zakres wyjaśnień.



5. Wykonawca powinien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach potwierdził zarzut zastosowania rażąco niskiej ceny.
6. Odwołujący w swoim wyjaśnieniu nie udzielił na bardzo wiele pytań odpowiedzi, w tym na bardzo istotne pytanie dotyczące udzielenia pomocy publicznej.
7. Wyjaśnienia, które złożył odwołujący, sformułowane zostały bardzo ogólnie, w większości na zasadzie niczym nie udowodnionego twierdzenia. Ponadto odpowiedzi są niespójne, niewiarygodne, czasem nawet sprzeczne ze sobą i nie poparte weryfikowalnymi odnośnikami. Złożone wyjaśnienia nie potwierdzają w żaden sposób prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Wskazują na zamiar realizacji zamówienia niezgodnie z siwz. Nie wyjaśniono żadnej kwestii podniesionej na rozprawie 8 maja 2012 przed Izbą do czego zobligowano odwołującego uzasadnieniem wyroku o Sygn. akt KIO 830/12.
8. Opinia Inżyniera Kontraktu jest merytoryczna zawiera dowody do każdego argumentu odwołującego. Nie jest pobieżna ale wnikliwa, weryfikowalna i odnosząca się do konkretnych wyjaśnień, faktów, dowodów i informacji w kontekście każdego pytania zamawiającego.
9. Zarzut dotyczący treści wezwania do wyjaśnień jest spóźniony i służy jedynie zakwestionowaniu poprawnie wykonanej czynności przez zamawiającego.
10. Odwołujący w paru kwestiach rozszerza wyjaśnienia w odwołaniu i być może będzie to czynił na rozprawie. Przystępujący zwraca w związku z tym uwagę, że jest to niedopuszczalne gdyż informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. na etapie złożenia wyjaśnień. Na potwierdzenie takiego poglądu przystępujący przywołał wyrok z dnia 21.05.2008r. w sprawie o Sygn. akt X Ga 127/08 który stwierdził, iż „W ocenie Sądu Okręgowego w Poznaniu złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów ( w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień zamawiającemu ( art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie

postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia)(...)”

Podsumowując swoje stanowisko przystępujący wnosi o oddalenie odwołania.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

#### Co do przystąpienia do postępowania odwoławczego

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego zgłaszające się Konsorcjum wykonawców WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (pełnomocnik), Firma WAFRO S.A. z siedzibą w Brzozowie (partner), Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (partner) po stronie zamawiającego, którego przystąpienie spełnia przesłanki ustawowe z art. 185 ust.2 i 3 ustawy Pzp w zakresie trzydniowego terminu zgłoszenia przystąpienia, wskazania strony do której przystępują, wniesienia pisma w formie pisemnej, przesłania kopii przystąpień zamawiającemu i odwołującemu oraz co do interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje.

#### Co do interesu do wniesienia odwołania.

Izba stwierdza po stronie odwołującego interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy. Oferta odwołującego w poprzednim wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 10.04.2012r. została uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza przy uwzględnieniu jedyne go kryterium ceny. Wskutek wniesionego odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty przez Konsorcjum wykonawców WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, Firma WAFRO S.A. z siedzibą w Brzozowie, Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 10 maja 2012r. w sprawie o Sygn. akt KIO 830/12 uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty to jest oferty odwołującego i wszczęcia postępowania wyjaśniającego w stosunku do odwołującego z zarzutem rażąco niskiej ceny. W dniu 22 maja 2012r. zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty. W dniu 26 czerwca 2012r. zamawiający po raz drugi dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty jako oferty przystępującego po stronie zamawiającego

(Konsorcjum wykonawców WODPOL Sp. z o.o., Firma WAFRO S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o.) i odrzucając ofertę odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę. W związku z powyższą czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty odwołujący wniósł odwołanie żądając przywrócenia jego oferty do postępowania i nakazania kolejnego wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty. W ocenie Izby odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy, ponieważ nie zgadza się z oceną jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę a jego oferta zawiera najkorzystniejszą cenę.

W związku z nie stwierdzeniem przez Izbę przesłanek z art. 189 ust.2 ustawy obligujących do odrzucenia odwołania, Izba na mocy art. 189 ust.4 ustawy skierowała odwołanie do merytorycznego rozpoznania na rozprawie.

#### Izba ustaliła

Zamawiający pismem z dnia 25 maja 2012r. wezwał odwołującego na podstawie art.90 ust.1 ustawy w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny .

Podstawę wezwania stanowił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2012r. w sprawach o Sygn. akt KIO 830/12 i KIO 833/12. Zgodnie z wyrokiem w łączonych sprawach Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której, nakazuje wezwanie wykonawcy Krzysztofa Machnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik” do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu ( Sygn. akt KIO 830/12). Drugie ze złożonych odwołań zostało oddalone (Sygn. akt 833/12).

Izba na podstawie przeprowadzonego dowodu z akt odwoławczych w sprawie Sygn. akt KIO 830/12 i Sygn. akt KIO 833/12 ustaliła co następuje.

Odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 830/12 złożyło konsorcjum wykonawców: WODPOL sp. z o.o. (lider), Firma WAFRO S.A. (partner) i Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD sp. z o.o.(partner). Do postępowania odwoławczego przystąpił Krzysztof Machnik po stronie zamawiającego a po stronie odwołującego wykonawca ABM Solid S.A. z siedzibą w Tarnowie.

W drugiej sprawie wniesionej przez ABM Solid S.A. z siedzibą w Tarnowie oznaczonej Sygn. akt KIO 833/12 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. Do tego postępowania przystąpił Krzysztof Machnik również po stronie zamawiającego i konsorcjum WODPOL sp. z o.o.(lider), Firma WAFRO S.A. i Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD sp. z o.o. przystąpił po stronie zamawiającego.

Konsorcjum WODPOL składając odwołanie zarzucił zamawiającemu zaniechanie wezwania Krzysztofa Machnika do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ustawy w związku ze złożoną przez niego ofertą.

W argumentacji złożonego odwołania konsorcjum WODPOL wskazało między innymi na następujące okoliczności.

Przed otwarciem ofert zamawiający oświadczył, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania kwotę 123 mln. zł. Wartość kosztorysowa wyniosła 122.296.257,96zł. Krzysztof Machnik zaoferował kwotę 72.985.767,68 zł. Druga oferta to jest konsorcjum WODPOL wyceniona została na kwotę 81.100.209,49 zł. Według wyliczeń odwołującego WODPOL cena oferty Krzysztofa Machnika jest niższa o 27 % od średniej cen pozostałych wykonawców.

Sam przystępujący Krzysztof Machnik przyznał w poprzednim postępowaniu, że jego cena stanowi 59,34% w stosunku do kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wskazał, że ceny ofertowe wahają się od 31,56 % do 52,64% wycen szacunkowych zamawiających. Poza tym, że jego cena jest niższa od ceny konsorcjum WODPOL o 6,59%. Oświadczył, że jego cena może nawet wynieść 50 % ceny zamawiającego, ponieważ ma własne materiały, transport a odwołujący konsorcjum WODPOL wskazał najdroższych dostawców.

Izba uwzględniając odwołanie konsorcjum WODPOL w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Krzysztofa Machnika ustaliła co następuje.

Fakt posiadania własnego kamieniołomu przez Krzysztofa Machnika nie różnicuje jego sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców z uwagi na dużą odległość około 180 km od placu budowy.

Co do stanowiącej własność Krzysztofa Machnika mobilnej wytwórni mas bitumicznych to znaczenie ma konieczność uzyskania decyzji środowiskowej na użytkowanie z uwzględnieniem okresu oczekiwania na wydanie decyzji oraz wzięciem pod uwagę, że teren przysyłanych robót jest objęty programem Natura 2000 co obniża efekt własnej wytwórni.

Izba na podstawie przeprowadzonego postępowania odwoławczego stwierdziła konieczność wezwania Krzysztofa Machnika do złożenia wyjaśnień na okoliczność zarzutu rażąco niskiej ceny jego oferty. Izba nie stwierdziła rażąco niskiej ceny. Tym bardziej, że zamawiający nie wyczerpał procedury przewidzianej w art. 90 ustawy.

Z treści uzasadnienia wyroku KIO 830/12 wynika: „(...) Przystępujący do obu odwołań po stronie Zamawiającego winien przedstawić okoliczności, które w jego ocenie różnicują jego pozycje na rynku i uzasadnić jaki mają te okoliczności/różnice wymierny wpływ w tym stanie faktycznym. Przykładowo, własny kamieniołom – dlaczego mimo odległości 180 km od terenu realizacji zamówienia, jest to czynnik świadczący o możliwości zaoferowania niższej ceny. Mobilna wytwórnia masy bitumicznej – brak konieczności uzyskania pozwolenia środowiskowego w kontekście ekologicznego charakteru terenu objętego zamówieniem, miarodajny czas montażu, wykażą brak negatywnego wpływu na środowisko – certyfikaty, atesty, zaświadczenia, opinie. Własna stacja paliw – dostaw po cenie w sposób znaczny wpływający na ceny transportu. Ceny materiałów oparte o dostawców, których materiały są zgodne z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ. Park maszynowy, który zostanie użyty dla potrzeb niniejszego zamówienia, jak przerób – jaki wpływ powyższego na zaoferowaną cenę. Wyjaśni, dlaczego uważa, że samodzielnie realizowanie zamówienia wpływa na obniżenie jego ceny. Izba wskazuje, że zapoznała się z uzupełnieniem uzasadnień do wniesionych przystąpień w sprawach o sygn. akt: KIO 830/12 oraz o sygn. akt: KIO 833/12. lecz zawarta tam argumentacja jest niewystarczająca i pozwala jedynie uznać bezzasadność natychmiastowego odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, a konieczność wyjaśnień. Stanowisko, że Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” jest podwykonawcą Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 w innych kontraktach, o niczym nie świadczy, gdyż zdarza się, że są nimi nawet firmy budowlane, takie jak SKANSKA”.

W ocenie Izby wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” winny oprócz wskazywanych elementów zawierać dla dobra postępowania i sprawności procedury dowody, co najmniej w kluczowych kwestiach (np. mobilnej wytwórni masy bitumicznej, zgodności materiałów dostawców od których je uzyskuje z wymogami SIWZ). Nadto, w ocenie Izby, Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” winno przedstawić informacje odnośnie poziomu zysku, jaki przewiduje, jak i czy realizuje inne zadania o podobnym charakterze, pozwalające na zastosowanie efektu skali (portfel zamówień). Powyższe informacje winny być weryfikowalne. Wszelkie ewentualne wyliczenia winny być poparte jasnym i klarownym odniesieniem do oferty określonych dostawców materiałów. Izba

uznała, w tym zakresie, że niniejsze szczegółowe informacje są konieczne, gdyż powyższe wyjaśnienia nie mają mieć charakteru enigmatycznego, lecz rozwiać nadal pozostające wątpliwości. Bezsprzecznie kwestia mobilnej wytwórni masy bitumicznej jest kluczowa. Zamawiający naturalnie w ramach wezwania powinien określić czas odpowiedni dla przygotowania stosownych wyjaśnień przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” wraz dowodami przynajmniej w kluczowych kwestiach.”

Wykonując Wyrok KIO 830/12 zamawiający w dniu 22 maja 2012r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 25 maja 2012r. zamawiający wezwał Krzysztofa Machnika do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na podstawie wyroku przywołanego w piśmie zamawiający wezwał do wyjaśnienia w następujących kwestiach:

1. co różnicuje w stopniu zasadniczym sytuację organizacyjną lub finansową lub prawną lub faktyczną PBI Machnik – względem analogicznej sytuacji innych wykonawców poprzez:
2. podanie okoliczności, które różnicują sytuację PBI Machnik w przedmiotowym postępowaniu w kontekście nie zastosowania rażąco niskiej ceny dla zaoferowanego przedmiotu zamówienia;
3. wykazanie dowodowo powyższych okoliczności poprzez między innymi szczegółową kalkulację cen dla zaoferowanych elementów przedmiotu zamówienia, które potwierdzą wraz z dowodami każde uzasadnienie w tym zakresie PBI Machnik.

Wytyczne zamawiający zawarł łącznie na 16 stronach gdzie zażądał w szczególności wyjaśnień w zakresie:

1. parku maszynowego;
2. kamieniołomu;
3. stacji paliw;
4. tańszych materiałów;
5. samodzielnej realizacji;

6. mobilnej wytwórni masy bitumicznej;
7. zastosowanie efektu skali (portfel zamówień);
8. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
9. podania sposobu wyliczenia ceny;

Do każdego zakresu wskazał szczegółowe żądania, co do sposobu przedstawienia oraz dowody jakie powinien przedstawić odwołujący.

Odwołujący odniósł się do wezwania składając dwa pisma z dnia 28.05.2012r. i z dnia 01.06.2012r. W pierwszym piśmie odwołujący wniósł o przedłużenie terminu oraz podniósł okoliczność przekroczenia przez zamawiającego zakresu wyjaśnień w stosunku do Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o Sygn. akt 830/12 a w szczególności, że poda różnice cenowe do innych wykonawców, jeżeli zamawiający poda ich ceny oraz kalkulacje szczegółowe. Wobec odmowy zamawiającego pismo z dnia 01.06.2012r. w drugim piśmie odwołujący stwierdził, że zapytania są nieprecyzyjne, niejasne ale odwołujący udziela na nie odpowiedzi wraz z dowodami. W wyjaśnieniu odwołujący między innymi wskazał na: wysokość kosztów pośrednich, na niekorzystanie z podwykonawców, na nowoczesny sprzęt, stałą i doświadczoną kadrę, własny kamieniołom, własną wytwórnię mas bitumicznych, system zadaniowy, wskazał na załączenie wykazu własnego sprzętu według ewidencji księgowej, brak konieczności wynajmu sprzętu, na załączenie kalkulacji na cenę materiałów kamiennych z własnego kamieniołomu łącznie z wydobyciem i przerobem, koncesje na wydobywanie, akt notarialny, faktury zakupu sprzętu do produkcji kruszywa, atesty i dokumenty na kruszywo i kamień, na koszty transportu zawarte umowy, oraz kalkulacje na transport własny, kalkulacje na wykonanie podbudów i nawierzchni, kalkulację na cenę paliwa z własnej stacji paliw, faktury na zbiorniki przenośne do magazynowania na placu budowy do magazynowania ON, kalkulacje cen własnych materiałów oraz oferty cenowe od dostawców materiałów i wyrobów. Co do atestów, certyfikatów odwołujący wyjaśnił, że przedstawi po wygraniu przetargu przed zakupem. Co do porównań cenowych z innymi wykonawcami to ponownie oświadczył, że nie może tego spełnić, ponieważ nie zna cen innych wykonawców z uwagi na obowiązujący w postępowaniu kosztorys uproszczony. Co do mobilnej wytwórni mas bitumicznych to oświadczył, że wytwórnia była już ustawiona w Milówce, załącza umowę dzierżawy terenów przemysłowych, w Milówce a wytwórnie ustawi w ciągu 3 miesięcy zyskując zgodę właściwych władz administracyjnych. Zasilanie wytworni będzie z własnego agregatu prądotwórczego. Załącza kalkulację na masy bitumiczne, załącza receptury na masę potwierdzającą zgodność. Oświadczył, że w pobliżu wykonuje roboty w gminach Radziechowy-Wieprz. Wskazał na oszczędności na dowozie ludzi, jednej bazie lokalowej, braku przestojów, określając oszczędności na poziomie od 1 do 2 %. Wypełnił

załączone do wezwania tabelę, chociaż nie ma w nich podstawy prawnej ani katalogów z których pochodzą a podane normy rzeczowe są najwyższe. Niemniej łączna cena poszczególnych pozycji jest niższa o 295.217,82 zł. od ceny w ofercie odwołującego. Do wyjaśnienia zawartego na trzy i pół stronie odwołujący załączył dokumenty na 515 stronach zawierające m. dane księgowo, faktury, umowy w tym akt notarialny, kalkulacje kosztów, decyzje administracyjne, instrukcje eksploatacji, zbiorcze zestawienia kosztów materiałowych, warunki handlowe, oferty handlowe, opisy techniczne, receptury, kosztorysy według zestawienia.

Izba przeprowadziła dowód z pisma z dnia 26 czerwca 2012r. w którym zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego, odrzucając ofertę odwołującego zawierając uzasadnienie swojej decyzji na stronach od 6 do 11 pisma kwitując, iż jest zobligowany odrzucić ofertę na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy w związku z art.90 ust.3 ustawy, ponieważ zamawiający uznał, że dokonana przez niego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł odwołanie, przedkładając na rozprawie następujące dowody ( str. 4-7 protokołu z rozprawy):

1. Dokument z informacji dotyczącej kontraktu (w trzech egzemplarzach): budowa kanalizacji sanitarnej w gminie Radziechowy – Wieprz, podpisaną przez pana Krzysztofa Machnika - bez daty, przyjmuje się datę 17.07.2012 r., na okoliczność, iż dla Zamawiającego wykonano roboty zbieżne z przedmiotem zamówienia łącznie za kwotę około 20 milionów złotych za cenę w stosunku do kosztorysu Zamawiającego - 54 %. Zaznacza, że przy tak obliczonej cenie uzyskano zysk na poziomie 7%;

2. Zbiorcze zestawienie studzienek kanalizacyjnych FI 600 mm, 800 mm i 1000 mm dla zadania budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Milówka, podpisane przez pana Krzysztofa Machnika (stron 25) - bez daty, przyjmuje się datę 17.07.2012 r. w trzech egzemplarzach, stanowi on zbiorcze zestawienie danych z projektu technicznego, wykonawczego. Na okoliczność wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia cen studni, których jest około 3.000 z włączem typu ciężkiego i każda studnia o wysokości średniej przyjętej przez Zamawiającego na poziomie 2,8 metra, a z zestawienia przedstawionego w poczet dowodu wynika, że z FI 100 33 % jest studnia typu lekkiego z FI 600 mm 80 % studni ma włącz lekki i FI 800 mm 50 % również włącz typu lekkiego. Natomiast Zamawiający kazał wycenić wszystkie studnie jako posiadające włącz typu ciężkiego. Droższe są studnie z



włazem typu ciężkiego. Na potwierdzenie procentowego udziału studni z włazem lekkim są załączone wyciągi studzienek z poszczególnych projektów;

**3.** Część trzecią opisu przedmiotu zamówienia - roboty montażowe, kanalizacja sanitarna ze specyfikacji Zamawiającego (str. 155-158, w trzech egzemplarzach) podpisane przez pana Krzysztofa Machnika, na okoliczność wskazaną jak wyżej. Jest tu napisane, że są dwójakiego rodzaju włazy przy studniach (lekkiego i ciężkiego);

**4.** Opinię geotechniczną stanowiącą załącznik do dokumentacji wykonawczej, w trzech egzemplarzach. Na okoliczność tych samych studzienek gdzie Zamawiający wzywając do wyjaśnień żądał wyliczenia odwodnienia dla wszystkich studzienek, których jest łącznie około 3.000 natomiast dokumenty przedłożone wykazują, że nie wszędzie wymagane jest odwodnienie. Według wyliczeń Odwołującego w 60 % nie jest wymagane odwodnienie;

**5.** Zbiorcze zestawienie przekrojów geologicznych w trzech egzemplarzach. Niniejszy dowód jest powołany tak jak powyżej na okoliczność, że w około 60 % studzienek nie trzeba robić odwodnień. Zbiorcze zestawienie - rysunek 79/100, z dokumentacji technicznej – geologicznej w trzech egzemplarzach. Przedstawiono dwa zestawienia, dlatego, że roboty będą wykonywane w oparciu o dwa projekty wykonawcze;

W tym miejscu Odwołujący wyjaśnia, że dowody numer 4 i 5 wynikają z faktu, że dwa razy wykonywano dokumentację geotechniczną na ten sam teren. Dokumentacja ma charakter wyrwykowy i nie obejmuje każda z nich 3.000 studzienek. Sporządzając kosztorys przyjęliśmy, że 60 % nie wymaga odwodnienia. Zamawiający kazał do wyjaśnień wyliczyć odwodnienie do wszystkich 3.000 studzienek.

**6.** Portfel zamówień w trzech postępowaniach (trzy zamówienia) - wykaz zamówień w trzech egzemplarzach. Są to trzy zamówienia w promieniu do 50 kilometrów od roboty dotyczącej przedmiotowego postępowania, co dla firmy Odwołującego spowoduje, że koszty związane z realizacją robót tak osobowe, jak i rzeczowe będą korzystne, ponieważ rozłożą się na aktualnie trzy roboty, czwarta jest w trakcie podpisu. Niniejsza będzie piątą robotą. Sytuacja taka uwzględniona została przy kosztach budowy. Składając ofertę Odwołujący oszacował te okoliczności na poziomie 1 – 2 % niżej niż gdyby robił jedną robotę u Zamawiającego;

**7.** Schematy techniczne (trzy karty), na studzienki DN 425, w trzech egzemplarzach. Na okoliczność błędnego wezwania Zamawiającego do wyceny studni ciężkich lub lekkich ze stopniami. Owszem są studnie typu lekkiego lub ciężkiego, ale stopnie studni zaczynają się

dopiero od FI 1000. Wszystkie studzienki w tym zamówieniu nie mają stopni. 380 studni było do wyceny. Oświadcza, że w ogóle takich studni nie ma w produkcji (ze stopniami). Zwłaszcza przy FI 400 mm i FI 600 mm. W tej chwili oświadcza, że wycenił coś czego nie ma;

**8.** Dokument - Izolacja pionowa/papa – z dokumentacji wykonawczej, w trzech egzemplarzach. Świadczy o bezzasadnym wezwaniu abyśmy przy studniach żelbetowych wyceniali izolację żelbetową - papa na lepiku, a w projekcie izolacji dla studni żelbetowych nie przewidziano. Wynika to z opisu tychże studni gdzie nie jest zaznaczone, że izolacja ma być. Do wyjaśnień z 1 czerwca 2012 r. załączył Zamawiającemu opinie producentów studni, którzy się wypowiedzieli, że taka izolacja nie jest konieczna. Zamawiający do tego akurat przy decyzji o odrzuceniu nie odnosił się;

**9 i 9a.** Dwie faktury od Pani .....: FAS/2/06/2012 i 1/06/2012, dotyczące sprzedaży asfaltu, w trzech egzemplarzach. Powyższe przedkłada na okoliczność stwierdzenia przez Zamawiającego, że kalkulacja produkcji masy jest nierealna i nierzetelna, mimo, że m.in. na stronie 447 i 448 wyjaśnień z 1 czerwca 2012 r. Odwołujący przedłożył oferty dostawców zarówno asfaltu, składnika masy (podstawowego) i na dowód, iż takie ceny są, przedkłada fakturę w tymże dowodzie z firmy COLPACK;

**10.** Fakturę VAT 301/12/10 firma Strażak - Janina Tarnawska, wraz z kartami, instrukcją obsługi agregatów prądotwórczych na okoliczność, iż nie zachodzi sprzeczność oferty z SIWZ, ponieważ do wyjaśnień załączono tylko fakturę i kartę katalogową. Dwie strony bez instrukcji obsługi. Z instrukcji wynika, że symbol silnika jest częścią składową agregatu. Złożono w trzech egzemplarzach. Dodatkowo wyjaśnia, że w dniu 1 czerwca 2012 r. składając wyjaśnienia załączył fakturę i kartę katalogową gdzie pokazany jest silnik z agregatu. Postawiono zarzut, że to dwa różne urządzenia, a Odwołujący pomyłkowo nie załączył instrukcji obsługi agregatów gdzie są zawarte dane techniczne i silnik agregatu. Z powyższego wynika, że silnik jest częścią składową agregatu. Postawiono zarzut, że nie mamy agregatu podanego w ofercie. Przy okazji wyjaśnia, że przedłożona faktura na agregat i instrukcja pokazuje, że zarzut Zamawiającego w ocenie Odwołującego, co do braku wyceny przyłącza energetycznego jest bezprzedmiotowy i niezasadny, ponieważ nasza wytwórnia mas bitumicznych (otoczarnia) może pracować na agregacie. W zw. z tym nie wycenił Odwołujący kosztów przyłącza energetycznego;

**11.** Akt notarialny. Notariusz pani ..... i pan ..... Notariusze Spółka cywilna w Krakowie Repertorium A numer 3320/2011 z dnia 21.03.2011r. na okoliczność, iż

Odwołujący jest właścicielem stacji paliw (trzech zbiorników), w trzech egzemplarzach. Pokazujący, że kupił kompleksowo stacje paliw z budynkami, działką i trzema zbiornikami na paliwo (w miejscowości Mochnaczka - Wyżna);

**12.** Dokument potwierdzający posiadanie złoża nowego w kamieniołomach, w miejscowości Mystków Gmina Kamionka. Decyzja ORL – IV 652842012 wraz z dokumentacją geologiczną. Złożono w trzech egzemplarzach. Na okoliczność odparcia zarzutu Zamawiającego, który stwierdził, że Odwołujący ma zbyt mało w kamieniołomach materiałów kamiennych, bo w ilości około 20.000 m<sup>3</sup> wydobywania na rok, a robota, o którą Odwołujący zabiega wymagać będzie około 80.000 m<sup>3</sup>. Wyjaśnia, że ten dowód poświadcza, iż Odwołujący otworzy nowe złoża na kolejne 20.000 m<sup>3</sup> wydobywania rocznie. Daje prawo Odwołującemu do otwarcia złoża. W ocenie Odwołującego formalności administracyjne są w zaawansowanym stanie i za 4-5 miesięcy można już rozpocząć wydobywanie;

**13.** Wykaz cen na rynku, wskazujących wartość szacunkową u innych Zamawiających i ceny ofert wybranych (z dziewięciu postępowań przetargowych), które kształtują się od 30 % do 70 % wartości szacunkowej Zamawiającego. Na okoliczność, że skoro oferta Odwołującego jest na poziomie 59 % wartości szacunkowej zamówienia to chociażby z tego zestawienia wynika, że cena Odwołującego zaoferowana Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu nie jest rażąco niska;

Na rozprawie odwołujący złożył między innymi następujące wyjaśnienia i oświadczenia ( str. 7-9 protokołu z rozprawy):

**Odwołujący** odniósł się do pisma z dnia 26 czerwca 2012 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującego, jako zasadniczą argumentację znajdującą się w tym piśmie to nie złożenie wszystkich wymaganych wyjaśnień, a złożone z kolei wyjaśnienia są niewiarygodne i nierzetelne. Odwołujący wskazał na orzecznictwo sądów okręgowych, z których wynika, że przy stosowaniu przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy ciężar dowodu, iż wystąpiła w ofercie rażąco niska cena leży po stronie zamawiającego.

Oświadczył, że nie złożył wyjaśnień, których nie był w stanie złożyć z przyczyn obiektywnych.

Zamawiający oczekiwał od odwołującego porównania oferty odwołującego z ofertą innych wykonawców w zakresie cen, a odwołujący przecież nie mógł tych cen znać, ponieważ kosztorys był sporządzony metodą uproszczoną

Porównując swoją cenę z ceną aktualnie wybranego wykonawcy gdzie cena różni się o około 8,98 %, wskazuje, że nie ma, z czym polemizować, bo zamawiający nie powiedział, dlaczego odwołujący ma rażąco niską cenę. Nie przedstawił dowodu, z którego wynikałoby powyższe.

Uważa, że wyjaśnił zamawiającemu wiele szczegółów, na jakie było stać odwołującego, ponieważ sporządził szczegółową kalkulację materiałów kamiennych oraz produkcji masy bitumicznej z recepturą, która powinna być przedstawiona na etapie realizacji robót. Żądał od odwołującego atestów certyfikatów na materiały stosowane, a w SIWZ nie było tego na etapie składania ofert.

Wskazał, że zamawiający jako główny powód odrzucenia oferty podał, iż nie pokazał odwołujący okoliczności związanych z parkiem maszynowym, stacją paliw, z kamieniołomami w stosunku do innych wykonawców. W efekcie zamawiający stwierdza, że brak porównań czy skutków w stosunku do innych wykonawców z powodu tych okoliczności wskazuje na to, że posiada rażąco niską cenę. W ocenie odwołującego porównanie cen z cenami innych wykonawców w tym postępowaniu jest niemożliwe, z powodu obowiązywania kosztorysów uproszczonych. W ocenie odwołującego w decyzji o odrzuceniu oferty nie podano żadnych faktów wynikających z wyjaśnień odwołującego, które mogły stanowić dowód na to, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę. W ocenie odwołującego zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego nie przedstawiając w piśmie z 26 czerwca 2012 r. żadnych na to dowodów. Czyli brak dowodów na rażąco niską cenę po stronie zamawiającego.

Z opinii Wacetobu wynika, że za składniki cenowe i cenę oferty można wykonać przedmiot zamówienia. Kolejny wniosek, że składniki Odwołującego cenowe są wyższe niż najniższe składniki najniższych cen SecoCenBudu. Ocena Wacetobu jest wykonana w oparciu o zasadę pareto, czyli, że wybiera się z całego kosztorysu zasadnicze elementy decydujące o wysokości ceny, co generalnie tzn. te składnikibrane do badania mają wpływ na 80 % ceny oferty. W tej opinii jest opisane, jakie to są składniki w przedmiotowej robocie, które mają decydujące znaczenie dla wyceny. Np. Wacetob wskazał na stronie 11 opinii, iż jedna pozycja globalnie daje 18 milionów – kanały grawitacyjne z rur kamionkowych o średnicy 200 mm z niezbędnymi robotami towarzyszącymi. Do 13 strony są wskazane istotne elementy wpływające na cenę. W konsekwencji wskazanych istotnych elementów cenowych Wacetob dalej badając porównał z elementami w ofercie Wodpol-u.

Również w opinii znajduje się stwierdzenie na podstawie obowiązujących najniższych stawek SecoCenBudu, że oferta odwołującego w części dotyczącej robót drogowych jest droższa niż wykonana na podstawie stawek SecoCenBudu. Z wyceny Wacotebu wynika, że roboty drogowe odwołującego wynoszą 6.900.000 zł, a wycena tychże robót według SecoCenBudu

wyniosłaby 7.600.000 zł, dlatego, że Odwołujący ma niższe stawki na materiały, sprzęt i robociznę. Opiniodawcy stwierdzili, że najbardziej kosztochłonne są materiały (około 75%) strona 7 opinii. Niemniej uwzględnili, iż cena może być niższa, ponieważ odwołujący ma własnym kamieniołom, tanich dostawców i stacje paliw. Przywołał stronę 23 opinii, że zarzuty dotyczące zaniżenia cen przez odwołującego są niewłaściwe. Materiałem badawczym dla Wacetobu były dwie oferty, tj. Odwołującego i konsorcjum WODPOL Sp. z o.o. oraz ceny SekoCenBudu regionu śląskiego.

Odwołujący podkreślił, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż nie przedstawił żadnych dowodów, bo w takim wypadku, co znajduje się na 515 stronach wyjaśnień, a są to dokumenty takie jak faktury, akty notarialne czy też indywidualne wyliczenia cen.

Na polecenie Zamawiającego wyceniono inne studzienki niż w ofercie.

W ocenie Odwołującego żądanie kosztorysów szczegółowych w sytuacji, kiedy według SIWZ był obowiązek sporządzenia kosztorysów uproszczonych nie służy wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny. Jest nieuprawniony.

Odwołujący podnosi, że dowód na rażąco niską cenę powinien przedstawić Zamawiający niemniej czyni to przedkładając opinię Wacetobu.

Na rozprawie zamawiający złożył między innymi następujące wyjaśnienia i oświadczenia ( str. 9-10 protokołu z rozprawy):

Zauważa, że złożone dzisiaj na rozprawie dowody są spóźnione, jak również minął termin na zaskarżenie wezwania. Oczywiście są konsekwencje nie złożenia wyjaśnień na wezwanie w trybie art. 90 ustawy. Odwołujący był związany wezwaniem, którego nie zaskarżył.

Co do podnoszonego przez Odwołującego zakresu wyroku KIO 830/12, to Zamawiający nie jest ograniczony tylko do wytycznych wyroku. Wezwanie Odwołującego dotyczyło ceny poprzez zapytanie o elementy ceny. Co do zarzutów bezprawności porównań z pozostałymi wykonawcami to wynika to wręcz z wyroku KIO 830/12. Poza tym Odwołujący od miesiąca kwietnia miał pełną wiedzę o ofertach konkurentów, ponieważ zapoznawał się z ww.

Z dowodów przedkładanych przez Odwołującego wynika, że zna rynek, więc zna również ceny, tak więc dlaczego nie mógł dokonać na wezwanie Zamawiającego porównań z innymi wykonawcami. Cena WODPOL Sp. z o.o. była w poprzednim postępowaniu również kwestionowana niemniej wyrok KIO oddalił zarzuty wobec WODPOL Sp. z o.o. w zw. z tym Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień.

Jeżeli chodzi o wyjaśnienia Odwołującego to należy wskazać, że mają niecałe cztery strony. Zdziwienie budzi fakt, że Odwołujący nie złożył dowodów na wezwanie Zamawiającego, mimo, że je posiadał. Dotyczy to stacji paliw, bo miał już akt notarialny, co dziś wykazano tak samo zresztą jak faktury „Strażak”.

( str. 19-20 protokołu z rozprawy):

Zgodnie z protokołem postępowania pan ..... jako przedstawiciel inż. kontraktu jest upoważniony do przygotowania opinii do wystąpienia w sprawie wystąpienie rażąco niskiej ceny. Dowody to przecież wszystko, co wynika z dokumentacji począwszy od wyroku KIO poprzez wezwanie do wyjaśnień przez udzielone wyjaśnienia i decyzje o odrzuceniu. To są nasze dowody na rażąco niską cenę. Tym bardziej, że nasza decyzja o odrzuceniu oferty pana Machnika jest uzasadniona pod względem faktycznym i prawnym, co stanowiło podstawę Odwołującego do wniesienia odwołania.

Pełnomocnik odnosząc się merytorycznie do decyzji odrzucenia potwierdza, że na stronach od 130 do 190 i dalej do 413 znajdują się jednak instrukcje - gwarancje, które nic nie wnoszą. Przywołuje spis wyjaśnień gdzie od strony 130 do 413 występują instrukcje instalacji i eksploatacji Titan, które nie wnoszą zupełnie nic. Podkreśla, że w lutym wykonawca Odwołujący składając ofertę nie posiadał złożeń decyzją z rozprawy wskazuje, że uzyskane zostało w miesiącu czerwcu nie mógł wiedzieć, jakie będą złoża. Przelicznik według dokumentu ze strony 4 i 5 strona od tytułu orzeczenia o jakości złoża wskazuje na następujące parametry gęstość objętościową tego surowca - 2,66 grama na  $\text{cm}^3$ , według tego dokonał przeliczenia na  $\text{m}^3$  złoża. Odnośnie agregatu to, chociaż przyjęliśmy to wyjaśnienie jednak dokumenty z wyjaśnienia na stronie 450, 451 i 459 wskazuje na różne urządzenia. Z karty katalogowej agregatu wynika, że jest 1241 GE natomiast z faktury wynika, że jest to agregat typu GPW400FZ. Co do pozyskiwania kamienia to oświadcza, że SIWZ dokument specyfikacja techniczna 01.0500 w punktach 1.3.1.1.1 nie dopuszcza narzutu kamiennego w postaci otoczek jest to dowód na sprzeczność z treścią specyfikacji. Z moich wyliczeń wynika, że będzie potrzeba 83,800 tysięcy  $\text{m}^3$  kamienia w wyjaśnieniach oprócz wspomnienia nie podaje się ile jest nagromadzonego kamienia. Podano koszt przewozu transportu 250 złotych za tonę, nie wiem skąd taki koszt, poza tym nie uwzględniono kosztu kierowcy. W mojej rekomendacji odniosłem się do stron wyjaśnień. Poza tym, co do opinii Wacetobu podtrzymuje, że kosztorysy szczegółowe nie zawierają elementów, na które wczoraj się powoływałem.

Odnosząc się do wytwórni mas bitumicznych wyjaśnia, że potrzebne będzie pozwolenie na wprowadzenie gazów do powietrza zgodnie z rozporządzeniem z 2 lipca 2010 r. w sprawie

przypadków, w których wprowadzenie gazów i pyłów nie jest wymagane i uzyskanie takiego pozwolenia na wprowadzenie gazów i pyłów wymaga od 3 do 4 miesięcy przy uwzględnieniu konieczności dalszych decyzji administracyjnych, najkrótszy czas na postawienie to okres do 6 miesięcy, a nawet rok.

Reasumując moje wystąpienie dzisiejsza riposta wykonawcy w niczym nie uchybiała moim dotychczasowym wyjaśnieniom.

Izba na rozprawie przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. Akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 830 i 833/12;
2. Wezwania Zamawiającego z 25 maja 2012 r. do złożenia wyjaśnień przez pana .....
3. Pisma z 28 maja 2012 r. i 1 czerwca 2012 r. ....do Zamawiającego;
4. Pisma z 26 czerwca 2012 r., Zamawiającego ..... w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz stanowiących jego podstawę rekomendacji inż. z 19 czerwca 2012 r. oraz pisma z 26 czerwca 2012 r. rekomendacji roboczej komisji przetargowej po dokonaniu czynności powtórzonych w postępowaniu;
5. Dowodów złożonych na rozprawie w dniu 17 lipca 2012 r. Odwołującego opisanych powyżej;
6. Opinii złożonej przez Odwołującego z dnia 16 lipca 2012 r. wystawionej przez Warszawskie Centrum Postępu Techniczno-Organizacyjnego Budownictwa WACETOB Sp. z o.o ;
7. Pisma z 4 kwietnia 2012 r. Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej w pierwszej ocenie;
8. Faktury VAT złożonej przez Przystępującego nr 12-FVS/0368 z dnia 28 maja 2012r. „WAC-WOJ.” dla ..... i faktury Vat Arge Paliwa sp. z o.o.dla WODPOL Sp. z o.o. z dnia 08.06.2012r.
9. Protokołu postępowania do spraw KIO 830 i 833/12 oraz do sprawy 1403/12
10. SIWZ i oferty .....

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego nie zgadzając się z wyborem najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniem jego oferty wskazując na naruszenie art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy.

Co do prawa przedstawiania okoliczności i dowodów na rozprawie nie przywołanych w postępowaniu wyjaśniającym przed zamawiającym

Izba oceniając zgromadzone w sprawie materiały oraz przeprowadzone na rozprawie dowody z dokumentów a także oceniając złożone przez strony i uczestnika oświadczenia i wyjaśnienia wzięła pod uwagę przy rozstrzygnięciu sprawy dyspozycje wskazanego w odwołaniu przepisu ustawy regulującego obowiązek zamawiającego odrzucenia odwołania.

Zgodnie z brzmieniem art.89 ust.1 pkt 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, którego oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca celem zapobieżenia stosowania sankcji art. 89 ust.1pkt 4 bez udziału wykonawcy zobowiązał każdorazowo zamawiającego aby przed czynnością odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny przeprowadził postępowanie wyjaśniające z udziałem wykonawcy. Temu celowi służy art. 90 ustawy, który wskazuje procedurę postępowania zanim zamawiający podejmie ewentualną czynność odrzucenia oferty.

Z samego faktu tej procedury wynika, że zamawiający powyższe czyni nie na podstawie treści oferty ani załączonych do niej dokumentów czy to na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy to na okoliczność zaoferowania przedmiotu przyszłej umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych wszystkich innych wypadkach status quo dla czynności zamawiającego stanowi dokumentacja złożona najpóźniej w dacie upływu terminu do składania ofert. Wyłomem od tej kardynalnej zasady są regulacje czy to art. 26 ust.3 i 4 ustawy czy to art. 87 ust.1 ustawy oraz możliwość dokonywania zmian w ofercie przez zamawiającego w sytuacjach i trybie regulowanym art. 87 ust.2 ustawy. Pomimo, że te odstępstwa łamią zasadę niewzruszalności oferty to ich zasadniczą cechą jest to, że wszelkie naprawianie



oferty następuje według dokumentów czy oświadczeń, które są aktualne najpóźniej na dzień upływu składania ofert, a w żadnym wypadku po terminie składania ofert.

W tym miejscu Izba odnosi się do reprezentowanego w toku postępowania odwoławczego stanowiska zamawiającego i uczestnika, którzy podnosili, iż po upływie czynności odrzucenia oferty z przyczyn rażąco niskiej ceny odwołujący nie ma prawa wskazywać na okoliczności i popierać je dowodami, których nie wskazano zamawiającemu w procedurze art. 90 ustawy. Według zamawiającego tym bardziej, jeżeli zamawiający zwracając się o wyjaśnienie wskazywał na pewne okoliczności, które winny być wyjaśnione przez wykonawcę a służące ocenie co do wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Konkludując wywody w tym zakresie w ocenie Izby odwołujący miał prawo przywołać w toku postępowania odwoławczego wszelkie dokumenty nawet nie istniejące w dacie wyjaśnień, ale potwierdzające okoliczności, że konstruowanie ceny opierało się o nie. To znaczy, że wykonawca podejmując najbardziej strategiczną czynność w toku przygotowywania się do złożenia oferty to jest wskazania ceny wykonania zamówienia mógł przeprowadzić w oparciu o nie proces analityczny z zakresu ekonomii, finansów, strategii czy rozwoju firmy, który go skłonił do podania takiej a nie innej ceny oferty. Nawet jeżeli wykonawca na dzień składania oferty nie miał tych okoliczności potwierdzonych stosownymi dokumentami np.: zezwoleniami, koncesjami i innymi warunkami administracyjnymi to jeżeli wykaże, że miał podstawy do racjonalnego przewidywania, iż uzyska stosowne potwierdzenie to prowadząc działalność gospodarczą, która na co dzień wiąże się z decyzjami uwzględniającymi jego standing do którego zmierza ma prawo w ramach ryzyka gospodarczego takie przyszłe zdarzenia uwzględnić oferując cenę. Reasumując decyzja o cenie jest suwerenna po stronie wykonawcy i żaden przepis ustawy Prawa zamówień publicznych nie mówi, że składając ofertę wykonawca ma obowiązek przedstawić dane księgowe jego przedsiębiorstwa potwierdzające realność zaoferowanej ceny. Tym bardziej, że procedura przetargowa jest czasochłonna i oczekiwanie na zakończenie postępowania bez uwzględnienia przyszłych racjonalnych zdarzeń gospodarczych w życiu przedsiębiorstwa nie powinno go pozbawiać szansy uzyskania zamówienia. Wywody są może zbyt szerokie na użytek przedmiotowej sprawy, ale mają uzmysłwić, że powoływanie się na wyrok sądu okręgowego przez uczestnika, który to sąd ocenił, że tylko dokumenty wyjaśniające złożone na termin wyjaśnień mogą być rozpatrywane przez Izbę czy sądy okręgowe jest nie usprawiedliwione przepisami ustawy, a nie mówiąc już o realiach życia gospodarczego podmiotów występujących o uzyskanie zamówienia. Cytując fragment uzasadnienia wyroku sądu z dnia 21.05.2008r. w sprawie o Sygn. akt X Ga 127/08, w którym stwierdził, iż „W ocenie Sądu Okręgowego w Poznaniu złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów ( w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie

ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień zamawiającemu ( art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia)(...)”, Izba z takim poglądem się nie zgadza i go nie aprobuje.

W ocenie Izby wykonawca ma prawo w postępowaniu odwoławczym wywołanym zarzutem naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy powoływać się na okoliczności i przedkładać dowody nie podnoszone w postępowaniu przed zamawiającym, jeżeli istniały one w tej dacie.

Bowiem Izba co do zasady wydaje wyrok uwzględniający stan sprawy ustalony w toku procesu odwoławczego zgodnie z brzmieniem art.191 ust.2 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Podnoszona kwestia przez zamawiającego i uczestnika co do braku możliwości przywoływania na etapie rozprawy przed Izbą okoliczności i dowodów nie występujących w procedurze przed zamawiającym nie miała zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu. Niemniej w ocenie Izby wymagała zajęcia stanowiska z uwagi na to, że zgłaszane przez odwołującego okoliczności i dowody były przedmiotem badania w toku postępowania dowodowego przez Izbę.

Co do wytycznych Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2012r. o Sygn. akt KIO 830/12 i 833/12 i wezwania oraz udzielonych wyjaśnień przez odwołującego w procedurze art.90 ustawy.

Na kanwie postępowań odwoławczych w sprawach wymienionych powyżej zamawiający został zobowiązany do uruchomienia procedury sprawdzenia zarzutu podniesionego w tych postępowaniach a dotyczących oferty odwołującego. Z przeprowadzonego przez Izbę postępowania dowodowego na rozprawie wynika, że zamawiający wykonał wyrok Izby zgodnie z sentencją oraz wytycznymi zawartymi w uzasadnieniu wyroku. Przy czym zamawiający nawet rozszerzył zakres żądanych wyjaśnień z bardzo nasilonym badaniem szczegółów dotyczących zasobów przedsiębiorstwa odwołującego. Podniesiony zarzut przez odwołującego co do nieuzasadnionego rozszerzenia zakresu żądanych wyjaśnień nie został

na rozprawie podtrzymany, ponieważ pełnomocnik odwołującego oświadczył, że nie wnosi w tym zakresie zastrzeżeń. Na uwagę zasługuje okoliczność, że pomimo braku w tym zakresie zawitych terminów, wniosków odwołującego co do przedłużenia terminu udzielenia wyjaśnień nie został uwzględniony. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia przez odwołującego są wyczerpujące, szczegółowe w zakresie wymaganym przez zamawiającego w szczególności co do sporządzonych kalkulacji cenowych, są wiarygodne i weryfikowalne nawet w sytuacji złożonych oświadczeń przez odwołującego. Izba nie odnosi się co do oceny tych wyjaśnień przez zamawiającego, ponieważ odwołanie zostało uwzględnione z uwagi na wykazanie przez odwołującego dowodem poniżej opisanym jak również opisanym w ustaleniach Izby, iż zarzut rażąco niskiej ceny jest bezzasadny. Wobec powyższego ocena tych wyjaśnień przez zamawiającego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i Izba z tych powodów nie dokonuje oceny zamawiającego pod kątem jej prawidłowości w kontekście przedłożonych wyjaśnień.

Ogólnie kwitując złożone wyjaśnienia i dokumenty pomimo, iż część tych dokumentów jest bezprzedmiotowa dla wyjaśnienia obiektywnych czynników wpływających na wysokość ceny, wyczerpują wezwanie zamawiającego, ponieważ w większości są to faktury, umowy, kalkulacje, oferty cenowe, które mogą być źródłem oceny odwołującego co do standingu jego przedsiębiorstwa.

Co do dowodów w oparciu o które Izba wydała wyrok oraz strony po której leży obowiązek wykazania wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny w związku z zarzutem naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1pkt 4 w zw, z art. 90 ust.3 ustawy.

Izba wydając wyrok co do zarzutów podniesionych w odwołaniu oparła się na dowodach przywoływanych przez strony na okoliczność wystąpienia w ofercie odwołującego rażąco niskiej ceny.

W tym zakresie Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe na rozprawie w dniach 17 i 18 lipca 2012, na których to posiedzeniach strony miały prawo zgłaszać dowody. O zakresie postępowania dowodowego w sprawie wskazuje protokół postępowania, w którym wymienia się zakres i opis postępowania dowodowego.

Z akt sprawy wynika, że tylko odwołujący złożył stosowny dowód na ustalenie wystąpienia rażąco niskiej ceny to jest opinię złożoną na rozprawie a sporządzoną w dniu 16 lipca 2012 r.

przez Warszawskie Centrum Postępu Techniczno-Organizacyjnego Budownictwa WACETOB Sp. z o.o.

Odnosząc się w tym miejscu do argumentacji stron w toku postępowania odwoławczego Izba przyznaje racje twierdzeniom odwołującego w zakresie ciężaru dowodowego co do ustalenia czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Okoliczność, iż po stronie zamawiającego leży obowiązek wykazania rażąco niskiej ceny wynika z samej treści art. 90 ust.3 ustawy zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca 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 samej SIWZ zawarto zapis zgodnie z którym „Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwróci się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” ( pkt 27 ppkt 1 SIWZ). Przy czym co do definicji rażąco niskiej ceny to Izba przyjmuje za wytyczną orzecznictwo z którego wynika, że jest to cena za którą nie można wykonać przedmiotu zamówienia czyli jak słusznie w piśmie z dnia 01.06.2012r. odwołujący do zamawiającego zaznaczył, że trzeba byłoby finansować robotę źródłami poza wynagrodzeniem od zamawiającego a co w stosunku do jego ceny ofertowej nie występuje.

Natomiast odnosząc się do treści samego art. 90 ust.3 ustawy to mówi się w nim , że to zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę. Czyli zamawiający jest dysponentem czynności odrzucenia oferty w oparciu o jej rażące zaniżenie. Należy odpowiedzieć na pytanie czy zamawiający może takich stwierdzeń używać na podstawie swobodnej jego oceny to jest na wyczuwanie, na domniemanie, czy do takich stwierdzeń potrzebuje dowodów i co przez taki dowód należy rozumieć. Z pewnością takim dowodem powinna być wartość szacunkowa zamówienia ustalona w oparciu o kosztorys inwestorski. Niemniej w toku postępowania odwoławczego zamawiający ani razu nie przywołał w poczet dowodów czy to wartość szacunkową czy to wartość wynikającą z kosztorysu inwestorskiego. Przy czym jeżeli przyjąć by, że o poziomie rażąco niskiej ceny decyduje wartość szacunkowa to 16 ofert należałoby odrzucić za wyjątkiem siedemnastej oferty, która przekroczyła 123 mln. złotych.

Jeżeli wartość szacunkowa to nie wyznacznik rażąco niskiej ceny to należy dalej odpowiedzieć na pytanie jak znaleźć granicę, której przekroczenie zadecyduje o kwalifikowaniu ceny do znamion rażąco niskiej ceny. Dalej kto ma prawo to ustalić. Odpowiedź w tym zakresie jest oczywista. To ten kto podejmuje czynność odrzucenia oferty. Ofertę odrzuca zamawiający. W związku z powyższym zachodzi pytanie czy zamawiający

określił te kwotę. Izba na podstawie przeprowadzonego postępowania odwoławczego stwierdza, że takiej kwoty zamawiający nie przywołał w postępowaniu odwoławczym, która by skłaniała do badania ofert wykonawców w procedurze art.90 ustawy.

Natomiast postępowanie zamawiającego przy czynności badania ceny odwołującego polegała na negocjowaniu, dyskwalifikowaniu, podważaniu wszelkich wyjaśnień czy to w formie wykonanych kalkulacji na jego żądanie czy to przedstawiania innych okoliczności mających wskazać na jego uprzywilejowaną sytuację ekonomiczną, finansową, organizacyjną czy techniczną przedsiębiorstwa.

Jest to co do zasady prawidłowe postępowanie zamawiającego polegające na sprawdzaniu wiarygodności przedstawianych okoliczności, ale efektem tych czynności powinna być kalkulacja zamawiającego wskazująca, że wykonawca nie wykona zasobami tego przedsiębiorstwa przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem w SIWZ. Tego elementu w procedurze zamawiającego zabrakło zarówno na etapie postępowania przed zamawiającym jak i na etapie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W takim stanie rzeczy odwołujący ma uproszczoną sytuację procesową przed Izbą, ponieważ jego dowodzenie powinno skupiać się na wykazaniu, że takiej kwoty zamawiający nie ustalił. W przeciwnym wypadku musiałby udowodniać, że poziom rażąco niskiej ceny jest nieadekwatny chociażby ze względu na jego uprzywilejowaną sytuację i wykazywać wymierne i weryfikowalne oszczędności wynikające z jego standingu przedsiębiorstwa.

Jak wynika z art. 6 k.c. w zw. z art.14 ustawy "Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne". Faktem do udowodnienia w przedmiotowym postępowaniu jest brak rażąco niskiej ceny po stronie odwołującego, ale najpierw żeby bronić braku rażąco niskiego charakteru ceny w danej ofercie to trzeba wiedzieć od jakiej kwoty ona się zaczyna czy przykładowo wynosi 90 mln zł. czy 102 mln zł. Tej odpowiedzi po stronie zamawiającego nie ma. Stąd obowiązek dowodowy po stronie odwołującego ogranicza się tylko do wykazania, że zamawiający nie określił minimalnego poziomu ceny.

Bowiem najpierw zamawiający sam musi znać kwotę od której postawi zarzuty wykonawcy, iż oferuje rażąco niską cenę i umożliwi w trybie art. 90 ustawy wykazanie szczególnych okoliczności po stronie wykonawcy. Cała procedura art.90 ustawy ma na celu obronę wykonawcy, który może wyjaśniać, że po jego stronie występują okoliczności, iż ma prawo taniej wykonać roboty, ponieważ ma lepszą sytuację przedsiębiorstwa niż inni wykonawcy.

Niemniej wcale to nie oznacza, że jeżeli nie przekona zamawiającego o swojej uprzywilejowanej sytuacji wobec innych wykonawców a zamawiający nie zna pułapu kwotowego, od którego będzie np. wzywał wykonawców do wyjaśnień pod rygorem

odrzućenia z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy, to zamawiający nie powinien podejmować czynności odrzućenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Najpierw sam zamawiający powinien wiedzieć jaka kwota ofertowa stanowi podstawę wezwania do wyjaśnień. Natomiast nie gra rynkowa z najtańszym wykonawcą pozostałych wykonawców powinna być przyczynkiem do stosowania art.90 ustawy co wystąpiło w przedmiotowej sprawie.

Podsumowując w ocenie Izby w tym postępowaniu odwołujący skutecznie na rozprawie powoływał się na brak dowodu po stronie zamawiającego, że jego cena jest rażąco niska. Natomiast zamawiający ograniczał się tylko dyskwalifikowania złożonych wyjaśnień a tak naprawdę od jakiej kwoty oferty występuje ryzyko rażącej ceny w tym postępowaniu nie było wiadome.

Znaczenie w sprawie ma również argumentacja odwołującego podnoszona zarówno na etapie postępowania przed zamawiającym jak i w postępowaniu odwoławczym, że zamawiający nie operuje kosztorysem szczegółowym tylko uproszczonym i nie znane są ceny przyjęte do kalkulacji. W takiej sytuacji nie ma możliwości prawnych i faktycznych do sprawdzenia oferty wykonawców, ponieważ nie można im stawiać zarzutów zaniżenia cen, jeżeli nie ma szczegółowych reguł budowania ceny oferty w oparciu o kosztorys szczegółowy. Tę argumentację odwołującego, zamawiający pominął w postępowaniu odwoławczym milczeniem. Jedynie argumentował, że przecież odwołujący zna ceny innych wykonawców, ponieważ był na otwarciu ofert oraz zapoznał się z ofertami innych wykonawców.

Odwołujący zlecił Warszawskiemu Centrum Postępu Techniczno-Organizacyjnego Budownictwa WACETOB Sp. z o.o. Ośrodek Kosztorysowania Robót Budowlanych 02-548 Warszawa ul. Olesińska 21 opinię dotyczącą oceny jego oferty w przedmiotowym postępowaniu to jest o udzielenie zamówienia publicznego PN5/2011 „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w Gminie Milówka – kontrakt 12 b” w kontekście czy jego cena ofertowa jest ceną rażąco niską i przedłożył na rozprawie uzyskaną opinię w poczet dowodów.

Izba na rozprawie przeprowadziła dowód z przedmiotowej opinii i uznała opinię za rozstrzygającą w zakresie zawisłego w sprawie sporu.

Z podsumowania opinii wydanej w dniu 16 lipca 2012r. (str.23 i 24) wynika, że opinia nie zawiera analizy i oceny kalkulacji kosztorysowej poszczególnych pozycji przedmiaru i nie polega na ocenie prawidłowości wyceny wybranych pozycji. Przedmiotem opinii była ocena końcowej ceny wynikającej z kosztorysu ofertowego firmy Machnik. Dla potrzeb analizy

merytorycznej ustalono, że kluczowe są 22 pozycje, których wartość według kosztorysu ofertowego wynosi 47 466 625,00 zł. i stanowi 80 % wartości oferty. Z przedstawionej w niniejszej opinii analizy wynika, że wartość rynkowa tych robót wynikająca z kalkulacji szczegółowej uwzględniającej określone w publikacji SEKOCENBUD minimalne stawki i narzuty dla regionu śląskiego wynosi 42 621 324, 85 złotych czyli jest niższa niż cena podana przez odwołującego.

Dalej opinia wskazuje, że z analizy kosztorysów ofertowych wykonawcy wybranego i odwołującego wynika, że w kosztorysach tych występują znaczne różnice w wycenie poszczególnych pozycji kosztorysowych wynikające z określonych cen jednostkowych określonych przez wykonawców. Dlatego argumentację zamawiającego i uzasadnienie odrzucenia firmy Machnik, polegające na wskazaniu dla wybranych pozycji kosztorysu ofertowego błędów w określeniu /zaniżenie wybranych cen jednostkowych należy uznać za niewłaściwe. Cenę oferty należy oceniać nie przez wybrane dowolnie roboty, ale całościowo i można przyjąć, że skoro 80 % wartości ceny oferty jest powyżej poziomu minimalnego - cena oferty nie jest zaniżona. W wyniku analizy, w ocenie autorów opinii należy uznać, że oferta firmy Krzysztof Machnik jest na poziomie wyższym niż minimalny, a tym samym nie powinna być zakwalifikowana do odrzucenia, gdyż nie narusza zasad uczciwej konkurencji oraz zapewnia należyte wykonania zamówienia.

Niemniej zamawiający odnosząc się do przedstawionej opinii był w stanie tylko kwestionować poszczególne pozycje kalkulacji pod względem ich niezgodności z siwz czy też zaniżenia kosztów w poszczególnych pozycjach, co Izba wobec powyżej opisanej zasady sprawdzenia oferty cenowej odwołującego, uznaje za bezprzedmiotowe i nic nie wnoszące do wyjaśnienia zagadnienia rażąco niskiej ceny. Poza tym kwestionowanie przez zamawiającego poszczególnych pozycji kalkulacji opiniującego WACETOB bez wykazania jaki ma to wpływ na cenę ofertową jest dla wyjaśnienia sprawy bezużyteczne.

Izba na wniosek odwołującego przeprowadziła na rozprawie szereg dowodów, umożliwiając stronom odniesienie się do nich.

Niemniej rozstrzygającym jak już powyżej zaznaczono jest dowód z opinii WACETOB, z której jednoznacznie wynika, że cena ofertowa odwołującego nie ma znamion ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na to, że nie przedstawiono w niniejszej sprawie innych dowodów na potwierdzenie, iż oferta cenowa odwołującego jest rażąco niska oraz z uwagi na to, że opiniujący WACETOB w sposób wiarygodny i przekonujący wyjaśnił, że cena ofertowa odwołującego

jest wyższa od ceny ustalonej według najniższych stawek SECOCENBUD dla regionu śląskiego odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Natomiast tylko na podstawie dyskwalifikowania wyjaśnień, bez ustalenia w tym postępowaniu pułapu kwotowego rażąco niskiej ceny, czynność zamawiającego nie znajduje usprawiedliwienia wobec treści art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy.

Z uwagi na to, że zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy potwierdził się to w myśl art. 192 ust.2 ustawy odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ stwierdzone naruszenia przepisów ustawy mają istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzać uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzać od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 20.000,00zł i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego na podstawie przedstawionego rachunku w kwocie 3.600,00zł.

**Przewodniczący:**