

Sygn. akt: KIO 140/16
KIO 148/16

WYROK
z dnia 22 lutego 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 15 lutego 2016 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 2 lutego 2016 roku przez wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (sygn. akt KIO 140/16),
- B. w dniu 4 lutego 2016 roku przez wykonawcę Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (sygn. akt KIO 148/16),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie

przy udziale wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 148/16

orzeka:

1.

- A)** Uwzględnia odwołanie wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (sygn. akt KIO 140/16).

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczanie robót przy realizacji Projektu: „Przebudowa skrzyżowania*

ulic: al. Solidarności, al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha w Lublinie wraz z budową w al. Solidarności estakady nad skrzyżowaniem z al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha, budową kładki dla pieszych nad al. Solidarności na wysokości ul. Ireny Kosmowskiej wraz z budową i przebudową infrastruktury technicznej: oświetlenia ulicznego, kanalizacji deszczowej, sieci elektroenergetycznych, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci gazowej, linii teletechnicznych, kanału technologicznego dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia oferty wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

B) Uwzględnia odwołanie wykonawcy Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (sygn. akt KIO 148/16)

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczanie robót przy realizacji Projektu: „Przebudowa skrzyżowania ulic: al. Solidarności, al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha w Lublinie wraz z budową w al. Solidarności estakady nad skrzyżowaniem z al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha, budową kładki dla pieszych nad al. Solidarności na wysokości ul. Ireny Kosmowskiej wraz z budową i przebudową infrastruktury technicznej: oświetlenia ulicznego, kanalizacji deszczowej, sieci elektroenergetycznych, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci gazowej, linii teletechnicznych, kanału technologicznego* dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia oferty wykonawcy Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (sygn. akt KIO 140/16) oraz wykonawcę Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (sygn. akt KIO 148/16) tytułem wpisów od odwołań.

2.2 zasądza od Zamawiającego Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie kwotę **37 200 gr 00** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A) kwotę **18 600 gr 00** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie na rzecz wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (sygn. akt KIO 140/16) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

B) kwotę **18 600 gr 00** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie na rzecz wykonawcy Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (sygn. akt KIO 148/16) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Lublinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 140/16
KIO 148/16

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczanie robót przy realizacji Projektu: „Przebudowa skrzyżowania ulic: al. Solidarności, al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha w Lublinie wraz z budową w al. Solidarności estakady nad skrzyżowaniem z al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha, budową kładki dla pieszych nad al. Solidarności na wysokości ul. Ireny Kosmowskiej wraz z budową i przebudową infrastruktury technicznej: oświetlenia ulicznego, kanalizacji deszczowej, sieci elektroenergetycznych, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci gazowej, linii teletechnicznych, kanału technologicznego.*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 13 listopada 2015 roku pod numerem 2015/S 220-401351.

A. Sygn. akt KIO 140/16

Odwołującym, działając na podstawie art. 180 ust.1 i art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustaw przez uznanie, iż zaofiarowana przez Odwołującego cena nosi znamiona rażąco niskiej pomimo, iż Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego szczegółowe wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny wraz ze stosownymi dowodami,
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny w sytuacji, gdy w ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia nie potwierdzały w sposób dostateczny, że zaofiarowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej,

- 3) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnienie oferty Odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która jest ofertą Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, a Odwołujący odniósłby korzyści w wyniku realizacji zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania, a postępowanie unieważnione, w związku z czym Odwołujący poniesie szkodę, bowiem nie zawrze umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu oferty złożyło dziewięciu wykonawców, w tym Odwołujący oferując wykonanie zamówienia za 939 166,50 zł brutto. Zamawiający podał przed otwarciem ofert, że na realizację zamówienia przeznaczył 2 015 183,99 zł brutto. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wyniosła 1 570 315,99 zł brutto.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny w dniu 7 stycznia 2016 roku z uwagi na to cena zaoferowana przez Odwołującego odbiegała o 30% od szacunkowej wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej w zakresie wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia. Zgodnie z treścią wezwania Odwołujący był zobowiązany do dokonania kalkulacji w oparciu o stworzony przez Zamawiającego załącznik – arkusz kalkulacyjny – zawierający wyszczególnienie elementów rozliczeniowych. Odwołujący był zobowiązany ponadto do: *dołączenia oferty laboratorium lub laboratoriów zawierających ceny jednostkowe poszczególnych badań przewidzianych w STWiORB we wszystkich branżach. Należy przedstawić ofertę laboratorium, która powinna posiadać oddzielną wycenę dla badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i*

stali) oraz wycenę dla poszczególnych badań (strona 2 wezwania z dnia 7 stycznia 2016 roku).

Odwołujący wskazał, że w dniu 12 stycznia 2016 roku złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty odnoszące się do wszystkich elementów zamówienia, które determinowały wysokość zaoferowanej ceny. Dodatkowo zgodnie z żądaniem Zamawiającego przedstawił szczegółową kalkulację w oparciu o sporządzony przez Zamawiającego załącznik, jak również dołączył szereg dowodów potwierdzających rzetelność oraz prawdziwość przyjętych, w poszczególnych pozycjach kalkulacji, kwot.

W odniesieniu do badań laboratoryjnych w wyjaśnieniach zostało wskazane:

w tym miejscu zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa fragment uzasadnienia (5 linijek tekstu)

Jako dowód Odwołujący złożył ofertę laboratorium (w tym miejscu zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa fragment uzasadnienia – nazwa podmiotu, data) zgodnie z treścią której: *Na podstawie analizy przekazanej Dokumentacji Technicznej zryczałtowany koszt obsługi zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym załącznik do SWIZ wynosi (w tym miejscu zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa fragment uzasadnienia – kwota) (...) informuję jednocześnie, że badania mas bitumicznych, betonu oraz stali zostaną wykonane przez certyfikowane laboratoria kooperując z naszym laboratorium (...) Koszty te zostały uwzględnione w naszej ofercie.* Odwołujący wskazał, że do oferty laboratorium został załączony cennik, w którym zostały wyspecyfikowane ceny za poszczególne badania wraz ze wskazaniem, że w przypadku badań, dla których niezbędne jest przeprowadzenie ich przez laboratorium posiadające akredytację Polskiego Centrum Akredytacji lub innego podmiotu upoważnionego do wystawienia świadectw, atestów oraz innych dokumentów uwierzytelniających do cen jednostkowych podanych w zestawieniu należy doliczyć 10%.

Odwołujący podniósł, że 25 stycznia 2016 roku Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy podając, że *wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na jego wysokość. W ocenie Zamawiającego złożone w dniu 12.01.2016r. wyjaśnienia nie zawierają uzasadnienia dla niskiej ceny przez wykonawcę oraz nie zawierają elementów, o przedstawienie których wnioskował Zamawiający. (...) Wykonawca nie przedstawił oferty laboratorium/labolatoriów zawierających ceny jednostkowe dla poszczególnych badań przewidzianych w STWiORB, a o które wnioskował Zamawiający. Brak oferty laboratorium akredytowanego w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę. Zamawiający wyraźnie wskazał, że należało przedstawić ceny jednostkowe poszczególnych badań oraz ofertę laboratorium zawierającą oddzielną wycenę badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę pozostałych badań."*

Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył dyspozycję wskazanych na wstępie odwołania przepisów ustawy. W ocenie odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienia postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust.3 ustawy przez uznanie, że zaoferowana przez Odwołującego cena nosi znamiona rażąco niskiej pomimo, że Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego szczegółowe wyjaśnienia w kalkulacji ceny wraz ze stosowanymi dowodami.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę bowiem uznał, że zawiera ona „rażąco niską cenę”. Odwołujący poniósł, że prawidłowa ocena tego czy oferta zwiera rażąco niską cenę jest niezwykle trudna co wynika głównie z faktu, że ustawodawca nie wprowadził do ustawy definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które może być pomocne przy zdefiniowaniu pojęcia „rażąco niskiej ceny”: sygn. akt KIO 1463/15, 1566/15, 1476/15; sygn. akt KIO 932/15; sygn. akt 2831/14.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że Zamawiający znacząco przeszacował wartość zamówienia o czym świadczy m.in. okoliczność, że ponad połowa ofert w postępowaniu opiewa na cenę oscylującą w granicach 1 mln zł brutto. w związku z czym należy uznać, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega od cen rynkowych przyjmowanych przez innych wykonawców. Wskazał Odwołujący na ceny poszczególnych pięciu ofert oraz procentowo określił o ile dana oferta odbiega od szacunkowej wartości zamówienia (2 015 183,55 zł brutto):

- Zamojska dyrekcja Inwestycji ZDI – 979 307,55 zł brutto; 51%,
- SAFAGE – 1 082 400,00 zł brutto; 46%
- Promost Consulting – 1 132 623, 36 zł brutto; 43%,
- DDG Sp. z o.o. – 961 675,50 zł brutto; 52%,
- Procom Consutruction Sp. z o.o. – 939 166,50 zł brutto; 53%.

Odwołujący wskazał w zakresie średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w postępowaniu, że została ona zawyżona wskutek tego, że czterech wykonawców przeszacowało swoje oferty oferując wykonanie zamówienia za cenę przekraczającą budżet Zamawiającego (dwóch z nich zostało wykluczonych z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu).

Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, że Zamawiający w innych postępowaniach na wybór Inżyniera Kontraktu dokonał wyboru wykonawców, którzy oferowali wykonanie zamówienia za cenę zbliżoną do ceny Odwołującego. Odwołujący wskazał przykładowe dwa postępowania, których przedmiotem były zamówienia zbliżone do obecnie prowadzonego przez Zamawiającego i niemalże obejmowały identyczny zakres

obowiązków jaki został przewidziany w ramach przedmiotowego zamówienia w tym również wykonanie badań mas bitumicznych, betonu i stali. W ocenie Odwołującego dane z tych dokumentów przetargowych wydają się być miarodajnym źródłem informacji w zakresie cen oferowanych za realizację tego rodzaju zamówień.

1. Postępowanie na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu: budowa drogi dojazdowej do węzła drogowego „Jakubowice” obwodnicy miasta Lublina, w ciągu dróg ekspresowych S12, S17, S19: Zadanie I – Budowa ul. Poligonowej w Lublinie na odcinku od skrzyżowania z ul. Willową i ul. Gen. B. Duchy do granic miasta Lublin oraz budowa ul. A Zelwerowicza na odcinku od projektowanej ul. Poligonowej do istniejącej ul. Poligonowej wraz z budową i przebudową infrastruktury technicznej. Zadanie to przewidziane jest do dofinansowania w ramach Projektu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013, Oś priorytetowa IV.1: Infrastruktura drogowa (nr. Ref. ZP-PS.221.1.3.2014). Postępowanie wszczęte 7 marca 2014 roku.

Zamówienie to zostało udzielone konsorcjum firm Dyrekcja Inwestycji Miejskich ZDI oraz Zakład Budownictwa Mostowego Inwestor Zstępczy, które zaoferowało realizację zamówienia za kwotę 417 585,00 zł brutto a szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 1 500 000,00 zł, średnia arytmetyczna wszystkich ofert złożonych w postępowaniu 868 319,00 zł brutto, zaoferowana przez ww. wykonawcę cena odbiegała o 72% od szacunkowej wartości zamówienia oraz o 51% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Powyższe pozwala na wysnucie dwóch wniosków: po pierwsze – Zamawiający nie po raz pierwszy przeszacował wartość zamówienia, po drugie – wskazuje na niekonsekwencje działań podejmowanych przez Zamawiającego, bowiem na przeciągu niespełna kilku miesięcy w jednym postępowaniu udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował realizację zamówienia za cenę prawie czterokrotnie mniejszą niż szacowana wartość zamówienia, nie dostrzegając jednocześnie w niej znamion ceny rażąco niskiej, natomiast w drugim postępowaniu odrzuca ofertę wykonawcy, którego cena odbiega o 53% od szacunkowej wartości zamówienia.

2. Postępowanie na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu: Budowa i rozbudowa drogi gminnej – ul. Muzyczna w Lublinie na odcinku od zjazdu na teren Stadionu Miejskiego do skrzyżowania z ul. Nadbystrzycką / ul. Narutowicza wraz z obiektem mostowym na rzekę Bystrzycą, budową sieci: oświetlenia drogowego, trakcji trolejbusowej, kanału technologicznego, budową i przebudową sieci kanalizacji deszczowej wraz z oczyszczalnią ścieków deszczowych

oraz przebudową: sygnalizacji świetlnej, sieci gazowej średniego i niskiego ciśnienia, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci ciepłowniczej, sieci elektroenergetycznej nN i SN, sieci teletechnicznej.” (nr. Ref. ZP-PS.221.1.48.2015).

Wybrany wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia za cenę podobną do tej, którą zaoferował obecnie Odwołujący, czyli 921 270,00 zł brutto; szacunkowa wartość zamówienia jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 1 096 349,00 zł brutto. istotne jest to, że w obu zamówieniach Zamawiający wymagał wykonania badań przez certyfikowane laboratorium.

W zawiązku z powyższym odrzucenie oferty Odwołującego – w kontekście ww. postępowań i cen ofert, które zostały uznane za najkorzystniejsze – wydaje się być bezzasadne i nieuprawnione. odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający pozbawiał się możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ za konkurencyjną cenę.

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego charakteryzuje się znaczną dozą ogólności. Nie wynika z niego jakoby Zamawiający przeprowadził indywidualne badanie istnienia przesłanek rażąco niskiej ceny w stosunku do jego oferty, a na konieczność przeprowadzenia powołuje się KIO w wydanych orzeczeniach. Zaznaczył, że Zamawiający w przypadku odrzucenia oferty 1, 2, 5, i 7 wykorzystał niemalże identyczną argumentację. Pozwala to na powzięcie stanowiska, że wszystkie oferty poniżej odbiegające o 30% od szacunkowej wartości zamówienia zostały niejako „z automatu” odrzucone, wątpliwym bowiem wydaje się, że żaden z pięciu wykonawców nie był w stanie w sposób wystarczający potwierdzić że jego cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Potwierdzać to także może, że kierowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień było zbyt ogólne i na tyle nieprecyzyjne, że wykonawcy nie mieli możliwości skutecznej obrony swoich ofert.

Odwołujący wskazał, że z treści informacji o unieważnieniu postępowania zdaje się wynikać wnioski, że jedyną przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego był fakt, że nie załączył on do wyjaśnień oferty certyfikowanego laboratorium. Odwołujący wskazał, że z treści wezwania do wyjaśnień nie wynika oferta załączona do wyjaśnień pochodzić od certyfikowanego laboratorium. Zamawiający wymagał *dołączenia oferty laboratorium lub laboratoriów zawierających ceny jednostkowe poszczególnych badań przewidzianych w STWiORB we wszystkich branżach. Należy przedstawić ofertę laboratorium, która powinna posiadać oddzielną wycenę dla badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę dla poszczególnych badań.* Zamawiający w żadnym miejscu wezwania nie posłużył się sformułowaniem, że żąda przedłożenia „oferty certyfikowanego laboratorium” w związku z czym Odwołujący składając wyjaśnienia wraz z dowodami był przekonany, że działa zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Pojęcie „certyfikowanego laboratorium” nie zostało przez Zamawiającego użyte w żadnym miejscu w STWiORB, pojawia się ono jedynie

we wzorze umowy - § 5 ust. 3 i 4. Odwołujący wskazał również, że z treści SWIZ w tym w szczególności wzoru umowy nie wynika obowiązek współpracowania w sposób bezpośredni z laboratorium posiadającym akredytację PCA. Obowiązek wykonawcy prowadzenia badań został szczegółowo określony w § 5 ust. 3 i 4 wzoru umowy, co więcej z ustępu 4 pkt 9 wynika, że Zamawiający dopuszcza możliwość przeprowadzania badań przez kilka różnych laboratoriów.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie przedłożony przez niego dowód w postaci oferty laboratorium (*w tym miejscu zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa fragment uzasadnienia – nazwa podmiotu*) w sposób wystarczający potwierdza, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Zostały wyszczególnione w cenniku wszystkie rodzaje badań wraz z cenami jakie winien jest wykonać wykonawca w toku realizacji zamówienia. W przypadku obowiązku przeprowadzenia badań przez certyfikowane laboratorium koszt ten wzrasta o 10%. W związku z tym proste działanie matematyczne dają możliwość określenia wysokości cen w przypadku wykonania badań przez certyfikowane laboratorium. Oferta zwiera również cenę ryczałtową za wykonanie wszystkich badań w związku z realizacją tego konkretnego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający kwestionując brak wyliczeń ww. ceny ryczałtowej wskazał: *Wykonawca miał skalkulować rzeczywistą liczbę badań, jakie należy wykonać w trakcie kontraktu. Należało podać szczegółowy koszt oraz założenia jakie przyczyniły się do takiej kalkulacji. Wykonawca przedstawił zryczałtowaną cenę za badania.*

Odwołujący podniósł, że z treści wezwania nie wynika ww. zobowiązanie. Zamawiający zażądał wskazania kalkulacji cen za wykonanie poszczególnych badań, ale żądanie to dotyczyło kalkulacji *poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia.* w tym celu Zamawiający opracował arkusz kalkulacyjny, który stanowił załącznik do wezwania a który Odwołujący wypełnił i załączył do złożonych wyjaśnień. Odwołujący podkreślił również, że na tym etapie nie ma możliwości jednoznacznego wskazania ilości oraz zakresu wykonywanych badań.

w tym miejscu zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa fragment uzasadnienia (6 linijek tekstu)

Odwołujący podniósł, że w doktrynie wskazuje się, że: *Wyjaśnienia zawierające kalkulację poszczególnych składników ceny oferty, wskazujące na źródła pozyskania materiałów, czy na szczególny sposób wykonania danej usługi, jak również na posiadanie odpowiednich materiałów do wykonania danego zadania – z zasady uznawane są za wystarczające.* (G. Mazurek, Prawidłowe i nieprawidłowe wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, LEX).

W związku z powyższym uznać należy, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał nadinterpretacji treści wystosowanego przez siebie żądania. Takie działanie pozbawia

Odwołującego możliwości skutecznej obrony swojej ceny i stanowi naruszenie przepisów ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny w sytuacji, gdy w ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia nie potwierdziły w sposób dostateczny, że zaoferowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie potwierdza w sposób dostateczny, że jest on w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie za wskazaną w ofercie cenę, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że cena ta nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Odwołujący wskazał, że znaczna część wezwania składa się z pytań oraz zwrotów o nieostrym, ogólnym charakterze, które mogą budzić rozbieżności interpretacyjne. W ocenie Odwołującego w przypadku gdy Zamawiający doszedł do przekonania, że załączone przez Odwołującego dowody nie potwierdzają w sposób dostateczny, że zaoferowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej miał możliwość „dopytania” Odwołującego w tym zobowiązani do przedstawienia kolejnych dowodów, w tym oferty pochodzącej od certyfikowanego laboratorium. Wskazał na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. akt KIO1490/15; KIO 1577/15; KIO 1584/15 oraz sygn. akt KIO 2830/14; KIO 40/15). Zamawiający nie skorzystał z ww. rozwiązania czym naruszył dyspozycję ww. przepisu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zgodnie z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.*

Naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisu jest konsekwencją naruszenia przepisów wskazanych powyżej. Gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy oraz zgodny z ustawą dokonał analizy treści wyjaśnień Odwołującego, lub gdyby wezwał go do udzielenia dalszych wyjaśnień nie odrzuciłby jego oferty. z uwagi na to, że cena oferty Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający nie miałby podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Działania podejmowane przez Zamawiającego naruszyły zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, czego przejawem była między innymi błędna ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień oraz złożonych dowodów, zaniechanie ponownego wezwania do wyjaśnień w celu umożliwienia Odwołującemu obrony swojej oferty oraz bezpodstawne unieważnienie postępowania.

B. Sygn. akt KIO 148/16

Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności unieważnienia postępowania, czynności badania i oceny ofert, czynności odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy: „Prokom Construction” Sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 2, 41-200 Sosnowiec.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 90 ust. 3, art. 93 ust. 1 pkt 4) oraz art., 7 ust. 1 ustawy

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: odstąpienia od czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert; odstąpienia od czynności odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, dokonania czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy: „Prokom Construction” Sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 2, 41-200 Sosnowiec, jak również podtrzymania czynności odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców: „Prokom Construction” Sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 2, 41-200 Sosnowiec oraz „DDG” Sp. z o.o. sp. k., ul. Warszawska 100, 21-500 Biała Podlaska oraz uznania złożonej przez Odwołującego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Zamawiający, pismem z dnia 25 stycznia 2016 r. opatrzonym Sygn. ZP-PS.221.1.63.2015 poinformował Odwołującego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także o: odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty, odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców: SAFEGE, Promost Consulting T. S. Spółka jawna, Prokom Construction” Sp. z o.o., „DDG” Sp. z o.o. sp. k.; wykluczeniu z postępowania: Wykonawców występujących wspólnie, „Getinsa Polska” Sp. z o.o., GETINSA - PAYMA S.L.; „Bud-Invent” Sp. z o.o. Wzmiankowane pismo zawierało także uzasadnienie dokonanych czynności.

Odwołujący podniósł następująco:

Uzasadniając odrzucenie złożonej przez Odwołującego oferty, Zamawiający podniósł, że:

- odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a oferta została odrzucona, gdyż /rzekomo/ nie złożyliśmy wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- złożone w dniu 12 stycznia 2016 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnienia /rzekomo/ nie zawierają uzasadnienia dla niskiej ceny oferowanej przez Odwołującego oraz nie zawierają elementów o przedstawienie których wnioskował Zamawiający, w wyniku czego /rzekomo/ uniemożliwiło to Zamawiającemu dokonanie oceny złożonych wyjaśnień i podjęcie decyzji czy zaproponowana cena jest rażąco niska,
- jako uzasadnienie wysokości zaproponowanej ceny Odwołujący przedstawił następujące argumenty: doświadczenie własne; własna kadra oraz kadra stałych współpracowników; własne materiały, urządzenia biurowe oraz środki transportu; uwzględnienie podczas kalkulacji takich czynników jak np. zysk, koszty utrzymania biura, środki łączności i transportu, koszty pracy Zespołu Nadzoru; Odwołujący złożył również kalkulację zgodnie z wytycznymi Zamawiającego,
- /rzekomo/ Odwołujący nie przedstawił oferty laboratorium/laboratoriów zawierających ceny jednostkowe poszczególnych badań przewidzianych w STWiORB, o które wnioskował Zamawiający, załączone oferty laboratoriów zawierają jedynie ilości badań; należało przedstawić ofertę laboratorium, która w swojej treści powinna posiadać oddzielną wycenę dla badań wymagających akredytacji (badanie mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę dla pozostałych badań,
- Zamawiający na podstawie złożonego wykazu ilości badań /rzekomo/ nie mógł określić czy zostały uwzględnione wszystkie rodzaje badań; w wykazie badań powinno się szczegółowo doprecyzować co wchodzi w skład jednego kompletu badań dla poszczególnych asortymentów,
- należało skalkulować rzeczywistą liczbę badań, jakie należy wykonać w trakcie kontraktu, podać szczegółowy koszt badań oraz jakie założenia przyczyniły się do takiej kalkulacji; przedstawiono zaś tylko ryczałtową cenę za badania,
- w złożonych wyjaśnieniach /rzekomo/ Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych, które pozwoliłyby Zamawiającemu przeanalizować prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do laboratoryjnych badań kontrolnych

Odwołujący nie zgodził się z odrzuceniem złożonej oferty oraz ze stanowiskiem zawartym w uzasadnieniu wzmiankowanego odrzucenia, gdyż:

W złożonych wyjaśnieniach przedstawił szereg argumentów na rzecz przyjęcia, iż cena została skalkulowana w sposób prawidłowy, w tym także kalkulację zgodną z wytycznymi Zamawiającego. Jest to przy tym okoliczność bezsporna, gdyż wskazał na nią również sam Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania oraz dokonanych czynnościach wykluczenia z postępowania i odrzucenia ofert.

Zamawiający nie zakwestionował prawidłowości i kompletności złożonej przez Odwołującego kalkulacji (a tym samym - ceny złożonej przez nas oferty) jak również nie wskazał, ani nie próbował udowodnić, aby którakolwiek z pozycji cenotwórczych wskazanych w kalkulacji została ustalona nieprawidłowo, niezgodnie z obowiązującymi przepisami, niezgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też w wysokości odbiegającej od cen rynkowych oraz nie wykazał, ani nie próbował udowodnić, aby którakolwiek z pozycji cenotwórczych wskazanych w złożonej przez nas kalkulacji została źle skalkulowana.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w ogłoszeniu o zamówieniu czy innych materiałach dotyczących postępowania udostępnianych przez Zamawiającego w okresie poprzedzającym upływ terminu składania ofert nie postawiono wymogu, co do zawartości oferty laboratorium, a nawet nie wskazano, iż byłoby pożądane, aby oferta taka miała określoną zawartość. Warto również zauważyć, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 zdanie 1. ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Do takich zaś dokumentów z pewnością nie należą, zawierające określone elementy, oferty podmiotów, które miałyby wziąć udział w realizacji zamówienia. Kalkulacja ceny jest ze swej natury dokonywana przed złożeniem oferty, która tą cenę zawiera, a nie np. po otrzymaniu wezwania do złożenia wyjaśnień elementów cenotwórczych. Zatem, szczegółowe oczekiwania Zamawiającego, co do zawartości oferty laboratorium, wyrażone w wezwaniu do wyjaśnienia elementów cenotwórczych, trzeba uznać za całkowicie nieuzasadnione i niezrozumiałe.

Jak wynika z art. 90 ust. 1 ustawy, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zatem, brak podstaw do domagania się udzielenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji cen podmiotów, jakie mają być zaangażowane przy realizacji zamówienia zawierających określone elementy. Podmioty te nie są uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym nie mają statusu „wykonawców” w rozumieniu przepisów powołanej ustawy. Z kolei, próba nakładania na nie obowiązków w ramach prowadzonego postępowania jest działaniem wykraczającym poza stosunki będące przedmiotem regulacji ustawy, w której art. 1 wyraźnie wskazano, że cyt. „Ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie”. Warto również mieć na

względzie, że jak wynika z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego - czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba, że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

W żadnym z materiałów dotyczących postępowania udostępnianych przez Zamawiającego w okresie poprzedzającym upływ terminu składania ofert nie ma zapisu, z którego by wynikało, iż cena świadczenia jakie ma wykonać zaangażowane przez wykonawcę laboratorium nie może być ceną ryczałtową w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. Cena ryczałtowa jest jednym z powszechnie spotykanych w obrocie prawnym i gospodarczym rodzajów cen, zaś z żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika wyłączenie, ani też ograniczenie możliwości jej stosowania w stosunkach prawnych pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego, a podmiotami zaangażowanymi w jego realizację. Co więcej - istotne jest, iż Zamawiający nawet w piśmie z dnia 7 stycznia 2016 r., zawierającym wezwanie do wyjaśnienia elementów cenotwórczych nie wskazał, iż nie akceptuje cen ryczałtowych w stosunkach prawnych pomiędzy wykonawcą, a zaangażowanym przez wykonawcę laboratorium. Nie sposób także nie zauważyć, iż w uzasadnieniu odrzucenia złożonej przez nas oferty zostało wskazane, iż złożyliśmy kalkulację zgodnie z wytycznymi Zamawiającego (co już było podnoszone w niniejszym odwołaniu); zatem kalkulacja ta (i jej prawidłowość) nie została zakwestionowana, pomimo, że w rubryce „Jednostka czasu/ilości rozliczenia” w odniesieniu do pkt. 3.1 „Badania prowadzone przez laboratorium”, jak też w odniesieniu do wielu z pozostałych punktów zostało wpisane słowo „ryczałt”.

Zamawiający, uzasadniając odrzucenie złożonej przez Odwołującego oferty podkreśla, iż /rzekomo/ nie przedstawiliśmy oferty laboratorium/laboratoriów zawierających ceny jednostkowe poszczególnych badań przewidzianych w STWiORB, o które wnioskował. Tym niemniej pomija cel domagania się wzmiankowanych cen jednostkowych, traktując ów wniosek w sposób nadmiernie sformalizowany. Trzeba zaś pamiętać, iż w ramach systemu zamówień publicznych formalizm jest dopuszczalny jedynie w uzasadnionych przypadkach np. gdyby dany wykonawca nie zawarł w Wykazie usług wymaganych informacji, a jednocześnie informacje te były zawarte w załączonych referencjach, to należałoby uznać, że wymóg złożenia tych informacji nie został spełniony.

W przedmiotowym przypadku, m. in., wobec możliwości zaproponowania przez laboratorium ceny ryczałtowej, wniosek o przedstawienie oferty z cenami jednostkowymi należy odnieść tylko do sytuacji, gdy jest to możliwe, z uwagi na:

- kosztorysowy charakter ceny (w przypadku oferty z ceną ryczałtową ceny jednostkowe nawet, gdyby były podane w ofercie laboratorium nie byłyby wiążące, zatem miałyby co najwyżej znikome znaczenie),

- treść oferty laboratorium złożonej przecież wcześniej, aniżeli moment wystosowania wezwania do wyjaśnienia elementów cenotwórczych (nie jest dopuszczalne przyjęcie, iż Zamawiający we wzmiarkowanym wezwaniu domaga się lub dopuszcza złożenie antydatowanej oferty laboratorium).

Ponadto, co jest nie mniej ważne, oferty na wykonanie badań laboratoryjnych zawierały dane wskazujące, iż podmioty, które je składały miały świadomość zakresu badań, objętych oferowanymi świadczeniami, na co wskazuje nie tylko przedstawienie ilości badań, ale przede wszystkim to, że elementem opisu przedmiotu ofert złożonych przez: Dyrekcję Inwestycji Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz „Bureau Veritas Polska” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jest wskazanie, iż chodzi o obsługę laboratoryjną dla badań kontrolnych realizowanych przez Inżyniera Kontraktu przy budowie/przebudowie skrzyżowania ul. Ducha/Sikorskiego/Solidarności w Lublinie (pierwsza z wymienionych ofert zawiera dodatkowo oświadczenie, iż jej złożenie zostało poprzedzone analizą przekazanej dokumentacji technicznej). Z kolei, oferta złożona przez Laboratorium Badań Materiałowych „Lab Test” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, zawiera bardzo szczegółowe ceny jednostkowe badań laboratoryjnych prętów zbrojeniowych. Jednocześnie, jak wynika z poglądów prezentowanych w orzecznictwie, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagał się zapłaty wynagrodzenia wyższego (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., Sygn. akt IICKN 913/97). Tym samym, zaoferowane Odwołującemu ceny badań laboratoryjnych należy uważać za wiarygodne.

Tym samym, brak podstaw do jakiegokolwiek kwestionowania zakresu oferowanych badań laboratoryjnych, a także do twierdzenia, że nie zostało spełnione oczekiwanie Zamawiającego, w zakresie podania cen jednostkowych - ceny jednostkowe zostały w istocie podane w zakresie, jaki był możliwy, z uwagi na charakter złożonych ofert (nie sposób zaś akceptować i uważać za skuteczne w ramach porządku prawnego, w tym na gruncie systemu zamówień publicznych, żądań niemożliwych do spełnienia).

Zamawiający zdecydowanie przecenia znaczenie cen jednostkowych świadczenia laboratorium dla ewentualnej oceny prawidłowości kalkulacji ceny za badania, nie wspominając już o cenie złożonej przez Odwołującego oferty. Nie sposób bowiem nie zauważyć, iż zgodnie z zasadą swobody umów, wyrażoną w art. 353 z indeksem 1 Kodeksu cywilnego, Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Tym samym, brak przeszkód, aby laboratorium kalkulując swoją cenę, zawyżyło niektóre z cen jednostkowych, inne zaś zaniżyło, jednocześnie przyjmując racjonalny i zapewniający zysk poziom ceny całkowitej

swojego świadczenia. W takiej zaś sytuacji znaczenie cen jednostkowych oferty laboratorium nie miałyby z punktu widzenia Zamawiającego znaczenia praktycznego.

Ponadto, warto zauważyć, iż koszt wykonania badań laboratoryjnych stanowi tylko jeden z elementów cenotwórczych i nie jest to element najistotniejszy dla kalkulacji ceny ofertowej. Brak również podstaw do przyjęcia, że same badania mają szczególny charakter np. że są wyjątkowo niestandardowe czy też że ich przeprowadzenie narazi laboratorium na straty bądź spowoduje ryzyko dla ludzi lub mienia. Tym niemniej, Zamawiający z równą troską nie odniósł się do pozostałych elementów cenotwórczych i nie uwzględnił np. iż do złożonych wyjaśnień Odwołujący załączył oferty współpracy złożone przez osoby zainteresowane udziałem w realizacji zamówienia w charakterze: inspektora nadzoru robót teletechnicznych, uprawnionego geodety, specjalisty ds. ochrony środowiska. Oferty te, jako oświadczenia woli zawarcia umowy zawierające istotne elementy umowy (w tym zwłaszcza ceny) mają zaś charakter wiążący i stanowią istotny dowód na prawidłowość dokonanej kalkulacji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś jak wynika z art. 90 ust. 3 powołanej ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień elementów cenotwórczych lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do złożonej przez nas oferty przepisy te nie mają zastosowania, z uwagi na brak przesłanek do dokonania odrzucenia.

Z odrzuceniem złożonej przez Odwołującego oferty oraz ze stanowiskiem zawartym w uzasadnieniu wzmiankowanego odrzucenia nie sposób się zgodzić również dlatego, że:

Usługa będąca przedmiotem zamówienia ma charakter intelektualny, a co za tym idzie - niewymierny (niewymierny charakter mają czynności myślowe). Skutkiem takiego charakteru świadczenia jest brak (lub bardzo znaczne ograniczenie) zużycia materiałów czy urządzeń. Wiąże się to w praktyce ze znacznym zróżnicowaniem w wysokości kosztów jakie poszczególni Wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia byłiby zmuszeni ponieść w związku z jego realizacją (poszczególne osoby mogą w odmienny sposób wycenić swój czas, a wysokość wynagrodzenia to najważniejszy czynnik cenotwórczy).

Jak wynika ze złożonych wyjaśnień elementów cenotwórczych wysokość wynagrodzenia personelu została wynegocjowana na korzystnym poziomie, kwoty wynagrodzenia są zaś znane (nie zaś jedynie szacunkowe) i na nich opierają się zapisy zawarte w załączonej do wyjaśnień kalkulacji.

W złożonych wyjaśnieniach elementów cenotwórczych Odwołujący wskazał także na inne okoliczności, dzięki którym mógł zaoferować tak korzystną cenę, przy jednoczesnym

zapewnieniu wypracowania zysku, tj. brak potrzeby zakupu środków transportu, urządzeń biurowych, rejestrujących, pomiarowych.

W złożonych wyjaśnieniach elementów cenotwórczych Odwołujący oświadczył, że wysokość wynagrodzenia za pracę każdej z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę nie jest niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę określone w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. Ma to znaczenie również dla wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy.

Brak zasadności odrzucenia złożonej oferty, wadliwość czynności jej odrzucenia oraz nieuzasadniony nadmierny formalizm Zamawiającego przy ocenie złożonych wyjaśnień, znajduje również potwierdzenie w poglądach prezentowanych w orzecznictwie, zgodnie z którymi: „(...) poziom szczegółowości wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie może prowadzić do ich dyskwalifikacji. (...) Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeżeli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny (...)” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, Sygn. akt KIO 896/11). Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia są wystarczające dla dokonania ich oceny, niezależnie od subiektywnych odczuć Zamawiającego. „(...) Ustawodawca nie nadał postępowaniu wyjaśniającemu w przedmiocie rażąco niskiej ceny charakteru postępowania cywilnego, stąd nie ma wymogu, aby prawdziwość oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach była poparta dowodami (...). Z ustawy nie wynika prawo Zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, natomiast wykonawca udzielając wyjaśnień, może takie dowody złożyć (...)” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, Sygn. akt KIO 896/11). Zamawiający nie mógł żądać konkretnych dowodów, zwłaszcza takich, których uzyskanie nie było obiektywnie możliwe. „Wykonawca może za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację (...)” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, Sygn. akt KIO 1166/12). Odwołujący wskazał, że skorzystał z tej możliwości załączając do udzielonych wyjaśnień szereg dowodów. „ (...) katalog okoliczności z art. 90 ust. 2 pzp może być uzupełniony o każdą inną okoliczność, która usprawiedliwia zaoferowanie ceny na poziomie znacznie niższym niż kalkulacja samego zamawiającego oraz oferty konkurentów (...)” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, Sygn. akt KIO 567/11) odwołujący podniósł, że przedstawił szerokie uzasadnienie wysokości zaoferowanej ceny. „(...) w każdym przypadku zamawiający wyjaśniając, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niską, powinien odpowiedzieć sobie na pytanie: czy za zaproponowaną kwotę wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, Sygn. akt KIO 2547/11). Zamawiający winien rozstrzygnąć przedmiotową wątpliwość, nie zaś to, czy złożone wyjaśnienia elementów cenotwórczych spełniają pod względem formalnym oczekiwania postawione w wezwaniu do udzielenia tych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Skuteczne zakwestionowanie oceny dokonanej przez Zamawiającego na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny musi zatem, jak wynika z powołanego art. 6 Kodeksu cywilnego - prowadzić do wykazania, iż ocena ta jest obarczona błędem i wskazywać przyczyny, które legły u podstaw tak dokonanej oceny.

Zgodnie z poglądami prezentowanymi w orzecznictwie „(...) odnosząc się natomiast do rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, iż cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje, a nie im przeczy (Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat). Generalnie, więc fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wykazać winien podmiot, który jej wystąpienie podnosi (...)” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, Sygn. akt KIO 1601/11). „(...) to na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodu rażąco niskiej ceny na podstawie art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy P z p (...)”. (Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie, Sygn. akt II Ca 425/05).

Odwołujący podniósł również, że pojęcie rażąco niskiej ceny zostało zdefiniowane przez Krajową Izbę Odwoławczą: „(...) dla uznania że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 1515/10) a Zamawiający nie przedłożył takiego dowodu. „(...) przepisy nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny”. „Słownik języka polskiego” PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako „dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny”. Zatem oferta podlega odrzuceniu, jeśli zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 1131/11). Zamawiający nie przedłożył takiego dowodu. „w orzecznictwie podnosi się również, że oferta z rażąco niską ceną to oferta z ceną nierealną, nie pozwalającą na wykonanie zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na uzyskanie przez wykonawcę zysku” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO/2004/10). Odwołujący wskazał, że przedłożył dowód przeciwny, że osiągniemy zysk. „Cena odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia czy cen innych wykonawców nie musi być traktowana jako rażąco niska, jeżeli wykonawca jest w stanie udowodnić jej realną wartość.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 748/13). Odwołujący wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach udowodnił realność zaoferowanej ceny. „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez

wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 2771/11). Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie przedłożył takiego dowodu; „(...) ustalenie, że cena jest rażąco niska to nic innego jak wykazanie, że dany wykonawca nie jest w stanie pokryć wszystkich kosztów związanych z realizacją całości przedmiotu zamówienia, z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu od zamawiającego” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 1665/11). Zamawiający nie przedłożył takiego dowodu.

Przy ocenie kwestii, czy dana cena zaoferowana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ceną „rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia” w rozumieniu przepisów ustawy, należy również wziąć pod uwagę prawidłowość kalkulacji szacunkowej wartości zamówienia, a więc czynności, której dokonuje sam Zamawiający w ramach przygotowywania postępowania. W przedmiotowym przypadku, wzmiankowane oszacowanie zostało dokonane w sposób zautomatyzowany i bezrefleksyjny przez przyjęcie, że koszt netto pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu winien stanowić 2,5 % szacunkowej wartości netto robót budowlano-montażowych ustalonej na podstawie wniosku o wszczęcie prac o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie tych robót. Potwierdza to dokument pn. „Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia” sporządzony i podpisany w dniu 26 października 2015 r. przez mgr inż. O. W. -inspektora. Tym samym przy ustalaniu szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia nie wzięto pod uwagę cen rynkowych podobnych zamówień, ani też nie wzięto pod uwagę specyficznych, indywidualnych cech świadczenia będącego jego przedmiotem. Zamawiający nie dokonał zatem analizy kwestii „rażąco niskiej ceny“ w odniesieniu do „wartości przedmiotu konkretnego zamówienia” który to wymóg wynika z orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88; Rzeczywista wartość przedmiotu zamówienia była i nadal pozostaje, bowiem nieznana.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2008 r. (Sygn. akt. KIO/UZP 1267/08), w którym stwierdzono, że: Uwzględniając różnice wynikające z charakteru prowadzonej działalności gospodarczej i jej celu, należy stosować do Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ustalenia wartości zamówienia, taką samą miarę należytej staranności, jakiej oczekuje się od wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności gospodarczej) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2010 r. (Sygn. akt. KIO/UZP 1813/09), w którym Izba stwierdziła, iż: Wartość szacunkowa zamówienia winna uwzględniać specyfikę danego zamówienia.

W odniesieniu do Wykonawcy - „DDG” Sp. z o.o. sp. k., należy zauważyć, iż Wykonawca ów, w złożonych wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny złożył ofertę laboratorium „Budotechnika” z siedzibą w Kraśniku, które nie posiada akredytacji, pomimo, iż w treści oferty złożonej przez wzmiankowanego Wykonawcę znajduje się następujące oświadczenie, cyt. „Oświadczamy, że badania objęte akredytacją będą wykonane we współpracy z laboratorium akredytowanym”. Tym samym, przyczyny odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - „DDG” Sp. z o.o. sp. k., jako wynikające z zamiaru zaangażowania laboratorium, nie posiadającego istotnej cechy wskazanej w ofercie (za taką cechą trzeba niewątpliwie uznać brak akredytacji), są w sposób istotny różne od przyczyn odrzucenia innych ofert, już choćby z tego powodu, iż kalkulacja ceny ofertowej „DDG” Sp. z o.o. sp. k. zakładała zaangażowanie laboratorium o innych (gorszych) właściwościach podmiotowych, niż założono w ofercie.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt. 5.4.1), Zamawiający dokonując opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, postawił wymóg, wykazania wykonania minimum 1 usługi polegającej na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego w zakresie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2013, poz. 1409 z późn. zm.) drogi w klasie drogi nie niższej niż G, o wartości inwestycji (robót budowlanych) co najmniej 40 000 000,00 zł brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Odwołujący wskazał na orzeczenia: Warunki udziału w postępowaniu, które nie były przedmiotem skutecznych środków ochrony prawnej, obowiązują wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu ze szczególnością ustaloną przez Zamawiającego (por. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 1 lipca 2005 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-1574/05) oraz „Postanowienia w zakresie warunków udziału (jak i przedmiotu zamówienia) należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną właśnie z uwagi na konieczność zapewnienia ewentualnym oferentom pełnej oceny własnych możliwości udziału w przetargu. Nie jest zatem właściwe stosowanie, w omawianym zakresie, innej wykładni wymogów zamawiającego niż wykładnia językowa i tylko takie wymagania powinni spełnić oferenci jakie wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r., Sygn. akt XXIII GA 446/08).

Wykonawca - „Prokom Construction” Sp. z o.o., złożył w swojej ofercie Wykaz wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. We wzmiankowanym wykazie podał zaś jedynie jedną usługę, a mianowicie: „Pełnienie funkcji Koordynatora wszystkich robót branżowych wraz z pełnieniem nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji pn. „Rozbudowa linii tramwajowej KSTIIB wraz z układem drogowym (ul. Lipska - ul. Wielicka)

w Krakowie”, przy czym wartość nadzorowanych robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie drogi to 155.644.995,02 zł, a klasa drogi to „G”. usługa ta została zrealizowana na rzecz Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie. Jednocześnie, załączone zostało Oświadczenie „Prokom Construction” Sp. z o.o. z dnia 16 grudnia 2015 r., iż usługa ta została wykonana należycie, zaś z przyczyn obiektywnych Spółka nie jest w stanie uzyskać poświadczenia od Zamawiającego.

Pismem z dnia 4 stycznia 2016 r. sygn. PI/1/1/2016, zwróciliśmy się do Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie o udzielenie informacji publicznej o zamówieniu pn. „Rozbudowa linii tramwajowej KST II B wraz z układem drogowym (ul. Lipska - ul. Wielicka) w Krakowie”, w zakresie odpowiedzi na pytania: Czy „Prokom Construction” Sp. z o.o. obsługiwała wzmiankowaną inwestycję w charakterze Inwestora zastępczego, w zakresie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji; Czy wzmiankowana inwestycja obejmowała budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. „Prawo budowlane” Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.) drogi w klasie nie niższej niż G o wartości inwestycji (robót budowlanych) co najmniej 40 000 000,00 zł brutto, /pismo to stanowi Załącznik Nr 1 do niniejszego odwołania/.

Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, pismem z dnia 12 stycznia 2016 r. Sygn. NO.0172.10.2016, udzielił odpowiedzi, iż: „Prokom Construction” Sp. z o.o. pełniła nadzór inwestorski nad realizacją wzmiankowanej inwestycji część A, w zakresie pełnienia nadzoru inwestorskiego budowy i robót branży drogowej oraz koordynacji wszystkich robót branżowych; wzmiankowana inwestycje nie obejmowała budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. „Prawo budowlane” Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.) drogi w klasie nie niższej niż G, jednakże wartość inwestycji (robót budowlanych) przekraczała 40 000 000,00 zł brutto /pismo to stanowi Załącznik Nr 2 do niniejszego odwołania/.

W ocenie Odwołującego nie sposób nie uznać, że podana we wchodzącym w skład złożonej przez „Prokom Construction” Sp. z o.o. oferty Wykazie informacja o wykazanej usłudze jest informacją nieprawdziwą, w zakresie zakresu obsługiwanej inwestycji, tj. w zakresie istotnym dla wyniku prowadzonego postępowania. Należy również zauważyć, że w przedmiotowym przypadku, nie może ulegać wątpliwości, iż „Prokom Construction” Sp. z o.o. przez zapis zamieszczony w Wykazie wykonanych głównych usług (zgodnie z którym roboty budowlane, w odniesieniu do których świadczona była usługa na rzecz Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie polegały na budowie/przebudowie drogi w klasie nie niższej niż G), w sposób świadomy i zawiniony (wina umyślna) wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż znał zakres przedstawionego zadania inwestycyjnego.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje

mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z kolei, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) powołanej ustawy, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 2 015 183,99 zł (słownie: dwa miliony piętnaście tysięcy sto osiemdziesiąt trzy złote, 99/100), zaś cena zaproponowana przez Wykonawcę, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą wynosi 2 140 200,00 zł (słownie: dwa miliony sto czterdzieści tysięcy dwieście złotych, 0/100). Jednakże trzeba wziąć pod uwagę, iż cena zawarta w złożonej przez odwołującego, bezzasadnie odrzuconej ofercie, to 979 307,55 zł (słownie: dziewięćset siedemdziesiąt dziewięć tysięcy trzysta siedem złotych, 55/100). Tym samym jest to cena niższa aniżeli wzmiankowana kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Skoro zaś (mając na względzie bezzasadność jej odrzucenia) to właśnie oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą, brak podstaw do uznania, iż można bądź trzeba było przyjąć, iż cena najkorzystniejszej oferty, przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Co prawda, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy, Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty, jednakże, w przedmiotowym przypadku, na skutek wadliwości czynności odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, powołany przepis nie znajduje zastosowania.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji) polegało w szczególności na nieuzasadnionym odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty oraz na nieuzasadnionym zaniechaniu wykluczenia z przedmiotowego postępowania Wykonawcy: „Prokom Construction” Sp. z o.o. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich jego uczestników, a także dla Zamawiającego.

W zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia Odwołujący wskazał, że doznał on uszczerbku polegającego na tym, że: w przypadku nie dokonania odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty nadal miałby szanse na pozyskanie przedmiotowego zamówienia

publicznego, zaś w przypadku wykluczenia Wykonawcy „Prokom Construction” Sp. z o.o., szanse na wzruszenie czynności Zamawiającego w zakresie nie prowadzącym do uznania złożonej przez Odwołującego oferty za najkorzystniejszą byłyby zdecydowanie mniejsze, a tym samym nasze szanse na pozyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, wzrosły w sposób znaczny. Tym samym, zabezpieczenie interesu Odwołujący uważał za konieczne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 148/16, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie każdego z odwołań o sygnaturach akt KIO 140/16 i KIO 148/16:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku poz. 2164, dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu kopie odwołań, co wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego oraz na posiedzeniu z udziałem Stron potwierdził to Zamawiający i znajduje odzwierciedlenie w protokole.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 148/16 wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2016 roku, przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 3 lutego 2016 roku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również zawarte w złożonych pismach.

Zamawiający złożył w sprawie sygn. akt KIO 140/16 pismo z dnia 15 lutego 2016 roku *Odpowiedź na odwołania* - wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 15 lutego 2016 roku Zamawiający w sprawie sygn. akt KIO 148/16 wniósł *Odpowiedź na odwołanie* – wskazując, że uznaje w części odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, w pozostałej części wniósł o oddalenie odwołania. Izba dopuściła dowody załączone do ww. pisma Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (sygn. akt KIO 140/16):

- dowód nr 1 (15 kart) - informacje z trzech prowadzonych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia oraz informacje z dwóch postępowań prowadzonych przez innych zamawiających wskazujące na mechanizm szacowania wartości zamówienia.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego Zamojską Dyрекcję Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (sygn. akt KIO 148/16):

- dowód nr 2 (3 karty) „Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia” wykonanej przez Zamawiającego, a dotyczącej realizacji zamówienia *Budowa i rozbudowa drogi gminnej – ul. Muzyczna w Lublinie na odcinku od zjazdu na teren Stadionu Miejskiego do skrzyżowania z ul. Nadbystrzycką / ul. Narutowicza wraz z obiektem mostowym na rzekę Bystrycą, budową sieci: oświetlenia drogowego, trakcji trolejbusowej, kanału technologicznego, budową i przebudową sieci kanalizacji deszczowej wraz z oczyszczalnią ścieków deszczowych oraz przebudową: sygnalizacji świetlnej, sieci gazowej średniego i niskiego ciśnienia, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci ciepłowniczej, sieci elektroenergetycznej nN i SN, sieci teletechnicznej,*
- dowód nr 3 (1 karta) – opracowanie własne, zestawienie - Umowy zrealizowane z należytą starannością przez Zamojską Dyрекcję Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu na rzecz Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie w latach 2011-2015 w odniesieniu do kwot przeznaczonych na zamówienie brutto,
- dowód nr 4 (2 karty) – opracowanie własne, zestawienie - Wyniki postępowań o udzielenie zamówień publicznych na usługi inżyniera kontraktu w ZDiM w Lublinie w latach 2011-2015 w odniesieniu do kwot przeznaczonych na zamówienie brutto,
- dowód nr 5 (12 kart) Umowa o pełnienie nadzoru inwestorskiego zawarta w dniu 28 października 2013 roku pomiędzy Gminą Miejską Kraków ZIKiT w Krakowie a Procom Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu wraz z załączoną informacją (4 karty) o pozyskaniu tej umowy.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez uczestnika postępowania odwoławczego Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (sygn. akt KIO 148/16):

- dowód nr 6 – pismo z dnia 9 lutego 2016 roku *Wezwanie do sprostowania informacji* skierowane do ZIKiT wraz z załącznikami (15 kart),
- dowód nr 7 – (1 karta) wydruk ze strony internetowej wskazujący projekt przebudowy ul. Kuklińskiego w Krakowie, z którego wynika, że inwestorem jest Zarząd Dróg w Krakowie i dotyczy drogi klasy G,
- dowód nr 8 – (2 karty) projekt uchwały rady miasta Krakowa (wyciąg) § 26 zawierający informację o kategorii drogi ulicy Kuklińskiego i ulicy Lipskiej w Krakowie,
- dowód nr 9 – (8 kart) informacja (wyciąg) z Wieloletniego planu Inwestycji Miasta Krakowa na lata 2007-20016 (str. 63 i 66), zawierający informację o kategorii drogi ulicy Kuklińskiego i ulicy Lipskiej w Krakowie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody uznała, że każde z odwołań podlega uwzględnieniu.

Sygn. akt KIO 140/16

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do objęcia przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa całości uzasadnienia wniesionego odwołania.

Podkreślenia wymaga, że objęcie zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa jest sytuacją wyjątkową, obejmuje stany w których istotny i rzeczywisty interes wykonawcy przemawia za uznaniem, że pewne dokumenty doznają ograniczenia w jawnym przecieź z natury postępowaniu o zamówienie publiczne (art. 8 ust. 1 – 3 ustawy), a także że temu interesowi

należy przyznać prymat nad uprawnieniami innych wykonawców do prowadzenia jawnego i otwartego postępowania odwoławczego.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090)” (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pelczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115).

Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.*

Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy, jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone - należą do nich nazwa [firma], adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku [Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.]. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności*. Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki: informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. [sygn. akt I CKN 1159/2000], gdzie wskazano, że: *„zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”*.

Orzecznictwie określa wytyczne dotyczące jawności w ramach procedur odwoławczych - Trybunał Sprawiedliwości w sprawie [C-450/06](#) zajmował się problemem informacji poufnych na gruncie poprzedniej dyrektywy 89/665/EEC. ETS stwierdził, że „Zasada ochrony informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu”. Z kolei w sprawie [C-438/04](#) ETS zauważył, że „organ powołany do rozpoznania odwołania od decyzji krajowego organu regulacyjnego zgodnie z art. 4 dyrektywy ramowej powinien dysponować wszelkimi informacjami wymaganymi do tego, by z pełną znajomością rzeczy orzekać w przedmiocie zasadności takiego odwołania, w tym informacjami poufnymi. Niemniej jednak ochrona takich informacji i tajemnic handlowych musi być zagwarantowana i tak dostosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu.” Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dziś TSWE) kładzie zatem akcent na zachowanie równowagi pomiędzy interesem wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji, wyrażającym się w potrzebie ochrony jego wartości gospodarczych, z koniecznością zapewnienia środków ochrony prawnej innym wykonawcom.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 ustawy, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;
- 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Rzeczą Zamawiającego jest zatem podanie wszystkich tych informacji w piśmie stanowiącym rozstrzygnięcie o wyniku postępowania. Zamawiający w piśmie z 25 stycznia 2016 roku skierowanym do wykonawców podał informację o podstawie odrzucenia oferty Odwołującego, jednocześnie odnosząc się wprost do niektórych postanowień zawartych w złożonych wyjaśnieniach w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jak również w załączonych do tych wyjaśnień dokumentach.

Podkreślenia wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, który z definicji rozpoczyna jawną procedurę odwoławczą. Zadaniem wykonawcy jest więc zaprezentowanie zarzutów i ich uzasadnienia w taki sposób, który pozwoli na realizację obowiązku przekazania odwołania wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu. Zgodnie bowiem z treścią art.185 ust. 1 ustawy, nie doznającym ograniczeń obowiązkiem zamawiającego jest przekazanie kopii odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W analizowanej sprawie, Zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2016 roku (ZP-PS.221.1.63.2015) odtajnił część informacji i zgodnie z obowiązującą regulacją prawną przesłał niezwłocznie innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania z dostępną większością uzasadnienia tegoż odwołania. Izba po zapoznaniu się treścią uzasadnienia w poszanowaniu zasad oraz zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi a także uwzględniając przedstawioną w trakcie rozprawy argumentację Odwołującego, która sprowadziła się w niektórych fragmentach do podania publicznie informacji, które były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa postanowiła upublicznić zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa informacje zawarte w uzasadnieniu odwołania, które zostały przez Odwołującego przytoczone w trakcie rozprawy. W pozostałym, znikomym zakresie nieupublicznione informacje stanowią powtórzenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień lub bezpośrednio odniesienie do tych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jak również załączonej do wyjaśnień dokumentów.

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez uznanie, iż zaoferowana przez Odwołującego cena nosi znamiona rażąco niskiej pomimo, iż Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego szczegółowe wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny wraz ze stosownymi dowodami - Izba uznała zarzut za zasadny.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W art. 90 ustawy czytamy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3. 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.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych

skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającą szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2016 roku wezwał Odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację zamówienia, w szczególności o wyjaśnienie czy zaproponowana cena została określona z należytą starannością oraz czy gwarantuje wykonanie zamówienia w sposób rzetelny.

Zamawiający między innymi zobowiązał wykonawcę do przedstawienia kalkulacji ceny w zakresie wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia, wskazał również, że wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wyjaśnień powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np.: oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien wskazać co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu cena została obniżona dzięki ww. czynnikom.

Zamawiający wskazał również, że *wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Zasadnym jest aby złożone wyjaśnienia były odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny*

Zamawiający wskazał na złożenie informacji dotyczących kalkulacji ceny ofertowej takich jak: dojazd inspektorów na budowę, zysk, organizowanie roboczych narad koordynacyjnych na terenie budowy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. *Ponadto zaleca się załączenie do składanych wyjaśnień dowodów w granicach ich celu.*

Wykonawca powinien przedstawić kalkulację ceny ofertowej (czynność obliczeniowa zmierzająca do ustalenia kosztów przypadających na przedmiot zamówienia) w zakresie

wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia z uwzględnieniem wszystkich cementów mających wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Kalkulację należy sporządzić zgodnie z załącznikiem nr 1.

Ponadto do wyjaśnień Wykonawca zobowiązany jest dołączyć ofertę laboratorium lub laboratoriów zawierającą ceny jednostkowe poszczególnych badań przewidzianych w STWiORB we wszystkich branżach.

Należy przedstawić ofertę laboratorium, która powinna posiadać oddzielną wycenę dla badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę dla poszczególnych badań.

Koszty przedstawione przez wykonawcę powinny uwzględniać wszystkie obowiązki wynikające z przedmiotu zamówienia.

W piśmie z dnia 12 stycznia 2016 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia, których treść wraz z załącznikami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca załączył do wyjaśnień ofertę laboratorium wraz z załączonym do niej cennikiem zawierającym ceny jednostkowe.

Pismem z dnia 25 stycznia 2016 roku Zamawiający powiadomił wykonawcę o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy – *wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał między innymi, że złożone przez wykonawcę w dniu 12 stycznia 2016 roku wyjaśnienia nie zawierają uzasadnienia dla niskiej ceny oferowanej przez wykonawcę oraz nie zawierają elementów, o przedstawienie których wnioskował Zamawiający. Ze względu na nierzetelność i niekompletność złożonych wyjaśnień wykonawca uniemożliwił Zamawiającemu przeprowadzenie ich oceny i podjęcie decyzji czy zaproponowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska. Reasumując wykonawca nie złożył w wymaganym przez Zamawiającego zakresie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

Zamawiający w wezwaniu prosił o podanie powodów zaproponowania tak niskiej ceny oraz przedstawienie kalkulacji szczegółowej.(...)

Wykonawca nie przedstawił oferty laboratorium / laboratoriów zawierających ceny jednostkowe poszczególnych badań przewidzianych w STWiORB, a o które wnioskował Zamawiający. Wykonawca załączył ofertę laboratorium zawierającą ceny jednostkowe badań. Laboratorium to nie posiada akredytacji. Ponadto w treści oferty jest: „...badania mas bitumicznych, betonu oraz stali zostaną wykonane przez certyfikowane laboratoria kooperujące z naszym laboratorium (...)”. Dodano także, że koszty te zostały uwzględnione w ofercie. Jednocześnie oferta laboratorium zawiera w swojej treści informację, że w

przypadku badań akredytowanych należy doliczyć 10%. Brak oferty laboratorium akredytowanego w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę.

Zmawiający wyraźnie wskazał, że należało przedstawić ceny jednostkowe poszczególnych badań oraz ofertę laboratorium zawierającą oddzielną wycenę dla badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę dla pozostałych badań. Brak powyższych kalkulacji nie daje Zamawiającemu możliwości przeprowadzenia analizy, czy poszczególne składniki zostały wycenione w sposób gwarantujący należyte wykonanie zamówienia. Wykonawca miał skalkulować rzeczywistą liczbę badań, jakie należało wykonać w trakcie kontraktu. Należało podać szczegółowy koszt badań oraz jakie założenia przyczyniły się do takiej kalkulacji. Wykonawca przedstawił tylko ryczałtową cenę za badania. Wykonawca nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych, które pozwoliłyby Zamawiającemu przeanalizować prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do laboratoryjnych badań kontrolnych. (...)

Cena oferty Odwołującego – 939 166,50 zł brutto, szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek VAT – 2 015 183,99 zł brutto.

Izba zważyła:

W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień

uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji.

Zadaniem Izby jest ocena dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych wyjaśnień oraz dokonania czynności będących efektem ww. czynności. Jednocześnie należy mieć na względzie, że ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym samym w trakcie postępowania odwoławczego strona nie dość, że jest uprawniona do dowodzenia swoich twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach to w zasadzie ustawodawca nałożył na nią ciężar dowiedzenia, że oferta, którą wykonawca złożył w danym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na to, że nie złożył on wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz wskazał, że Odwołujący nie przedstawił oferty laboratorium/ laboratoriów zawierających ceny jednostkowe poszczególnych badań, o które wnioskował Zamawiający, brak oferty laboratorium akredytowanego.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający wymagał przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej, należy się zgodzić z Odwołującym, że treść wezwania do złożenia wyjaśnień elementów ceny mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w sposób jednoznaczny wskazuje, że kalkulacja miała być sporządzona zgodnie z załącznikiem nr 1 do tegoż pisma. Faktem jest, że Zamawiający w kilku miejscach pisma z dnia 7 stycznia 2016 roku odnosi się do konieczności przedstawienia przez wykonawcę kalkulacji, jednakże w każdym przypadku są to ogólne odniesienia a kategoryczne stwierdzenie Zamawiającego, wskazujące na sposób przygotowania kalkulacji, a co za tym idzie również zakres informacji jaki ma się w niej znajdować, brzmi: *Kalkulację należy sporządzić zgodnie z załącznikiem nr 1*. Co więcej, taki sposób przedstawienia kalkulacji przez wykonawców, jednakowy dla wszystkich którzy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w pełni współgra z określonym przez Zamawiającego sposobem wynagradzania zawartym we wzorze umowy oraz należy uznać, że odnosi się do wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia, bowiem został przygotowany przez samego Zamawiającego, który to Zamawiający sam odnosił się w treści pisma do tych elementów. Inny sposób oceny załączonego dokumentu jest niedopuszczalny, bowiem stanowiłby o tym, że Zamawiający przekazując załącznik zgodnie z którym należało dokonać kalkulacji wprowadził wykonawców w błąd. Tym samym

jakiegokolwiek twierdzenia Zamawiającego o braku kalkulacji są nieuprawnione w przypadku, gdy wykonawca załączył do złożonych wyjaśnień uzupełniony załącznik nr 1. W tym miejscu należy wskazać, że załącznik nr 1 do pisma z dnia 7 stycznia 2016 roku stanowi tabelę, gdzie w pozycji 3 – *Laboratorium inżyniera kontraktu*, podana została jedna podpozycja 3.1 – *Badania prowadzone przez laboratorium (20% badań wykonawcy)*, natomiast w kolumnie: *jednostka czasu/iłość/ rozliczenia* dla pozycji 3.1 podano: *ryczałt*, a w kolumnie: *minimalna liczba jednostek*: 1.

Odwołujący załączył do złożonych wyjaśnień załącznik nr 1, w którym przedstawił podał konkretną kwotę ryczałtową (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) w pozycji 3.1 tabeli oraz przedstawił szczegółowo wyjaśnienia w treści pisma z dnia 12 stycznia 2016 roku przesłanego do Zamawiającego, jak również Odwołujący załączył do wyjaśnień z dnia 7 stycznia 2016 roku ofertę laboratorium, do której to oferty załączony został cennik.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego w uzasadnieniu podstaw odrzucenia jak również prezentowaną na rozprawie. Z postanowień wezwania do złożenia wyjaśnień nie wynika w żaden sposób, aby Zamawiający wskazał na konieczność złożenia oferty laboratorium akredytowanego. Zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień jak również wskazał na złożenie oferty laboratorium ale nie określił, że wymaga złożenia oferty laboratorium akredytowanego oraz oferty laboratorium nie posiadającego akredytacji lub, że wymaga złożenia oferty laboratorium tylko akredytowanego. W wezwaniu nie odnosi się do laboratorium lecz informacji jakie mają być zawarte w złożonej ofercie laboratorium złożonej wraz z wyjaśnieniami.

Zamawiający nie twierdził, że zaoferowana cena (ryczałtowa) za wykonane badania laboratoryjne podana w pkt 3.1 załącznika nr 1 jest za niska, a skupia swoją uwagę na tym, że nie została ona wykazana w sposób, który w ocenie Izby nie wynika z postanowień wezwania i stanowi nadinterpretację w zakresie treści wezwania.

Zaznaczyć należy, na co wskazywał Odwołujący, że oferta laboratorium załączona do złożonych wyjaśnień przedstawia konkretną ryczałtowaną cenę, co istotne z treści oferty wynika w sposób jednoznaczny, że odnosi się do oszacowania ceny w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na co wskazuje wprost odniesienie się do nazwy prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia jak również oświadczenie laboratorium, że ma możliwość zrealizowania badań w zakresie i na zasadach określonych w dokumentacji postępowania i w wyniku analizy przekazanej dokumentacji technicznej ryczałtowany koszt obsługi zgodnie z wzorem umowy załączonym do SWIZ wynosi określoną w ofercie kwotę. Odwołujący wskazał również na twierdzenia zawarte w ofercie laboratorium a odnoszące się do tego, że kalkulacja określonej w ofercie laboratorium kwoty została oparta na wyjściowych cenach jednostkowych stanowiących załącznik do oferty. Odwołujący wskazywał również, że oferta laboratorium została ustalona

przewidywane ilości badań, bowiem ilość wykonanych badań laboratoryjnych uzależniona będzie od tego jaki będzie postęp robót, jaka będzie potrzeba wykonywania badań i innych i na tym etapie postępowania jest niemożliwa do ustalenia. Izba zaznacza, że Zamawiający na rozprawie złożył oświadczenie, że można było określić tylko przybliżoną ilość badań, co pozostaje w sprzeczności z argumentacją z pisma Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2016 roku, że wykonawca miał skalkulować rzeczywistą liczbę badań, jaką należy wykonać w trakcie kontraktu. Sam Zamawiający na rozprawie potwierdził, że nie sposób jest jednoznacznie określić ilości badań dlatego też przyjmuje się założenia na podstawie dokumentacji i w oparciu o nie szacuje się wartość takich badań. W tym miejscu Izba również wskazuje, że Zamawiający stawiając w zasadzie absurdalne zarzuty braku kalkulacji rzeczywistej liczby badań w trakcie rozprawy nie był w stanie wyjaśnić jakie ilości, jakich badań miałyby być wykonane i jak szacował wartość tej części zamówienia, w zasadzi to sam Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że określić można tylko przybliżoną ilość badań.

Tabele jakie zostały załączone do oferty laboratorium jaką przedstawił wraz z wyjaśnieniami Odwołujący zawierają ceny jednostkowe poszczególnych badań oraz informację pod tabelą, że *w przypadku badań, dla których niezbędne jest przeprowadzenie ich przez laboratorium posiadające akredytację Polskiego Centrum Akredytacji lub innego podmiotu upoważnionego do wystawienia świadectw, atestów oraz innych dokumentów uwierzytelniających do cen jednostkowych podanych w zestawieniu należy doliczyć 10%*. Jednocześnie w treści oferty laboratorium zostało wskazane, że badania mas bitumicznych, betonu oraz stali zostaną wykonane przez certyfikowane laboratoria kooperujące z laboratorium przedstawiającym ofertę oraz zostały podane konkretne laboratoria, które będą wykonywać badania. Jednocześnie w zakresie badań prowadzonych przez laboratoria posiadające akredytację oferta laboratorium jaka została przedstawiona przez Odwołującego w sposób jednoznaczny wskazuje, że koszty wykonywania badań laboratoryjnych w laboratoriach posiadających akredytację zostały uwzględnione w przedstawionej ofercie laboratorium. Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy na pkt e pisma z dnia 12 stycznia 2015 roku, w którym wyjaśnił Zamawiającemu, że do ceny oferty laboratorium, jaką załączył do wyjaśnień doliczył 30% oraz wskazał, że w tabeli sporządzonej na podstawie załącznika nr 1 do pisma z dnia 7 grudnia 2016 roku a stanowiącej załącznik do złożonych wyjaśnień podał kwotę uwzględniającą doliczone 30%. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, co nie budzi wątpliwości, że zryczałtowana cena wskazana w załączonej do wyjaśnień z dnia 12 stycznia 2016 roku ofercie laboratorium na pierwszej stronie obejmuje w swej kwocie również badania wykonane przez laboratorium posiadające akredytację oraz dodał, że do tej kwoty doliczył 30% i nawet gdyby Zamawiający uznał, że do zryczałtowanej ceny oferty laboratorium

należałoby doliczyć dodatkowo 10% w związku z wykonaniem badań przez laboratorium posiadające akredytację, to wartość doliczona przez Odwołującego 30% pokrywa te koszty.

Odnosząc się do wskazywanego przez Odwołującego sposobu szacowania wartości zamówienia należy wskazać, że Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia przez przyjęcie, że stanowi on 2,5% wartości robót budowlano – montażowych określonej na podstawie wniosku o wszczęcie prac o udzielnie zamówienia publicznego na *Przebudowę skrzyżowania ulic: al. Solidarności, al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha w Lublinie wraz z budową w al. Solidarności estakady nad skrzyżowaniem z al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha, budową kładki dla pieszych nad al. Solidarności na wysokości ul. Ireny Kosmowskiej wraz z budową i przebudową infrastruktury technicznej: oświetlenia ulicznego, kanalizacji deszczowej, sieci elektroenergetycznych, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci gazowej, linii teletechnicznych, kanału technologicznego* ustalonych na kwotę 65 534 427,63 zł netto czyli wynosi 1 638 360,97 zł netto (2 015 183,99 zł brutto), co wynika z dokumentu zawartego w dokumentacji *Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia*. Jak już wcześniej było wskazane, Zamawiający nie był w stanie wyjaśnić na rozprawie jaka część tej kwoty odnosiła się do badań laboratoryjnych jak również nie był w stanie określić ilości badań jakie mają być wykonane w zakresie realizacji kontraktu i sam przyznał, że możliwe jest tylko ich przybliżone ustalenie. Tym samym nie miał nawet możliwości odniesienia wskazanych przez wykonawcę cen za wykonanie badań laboratoryjnych do posiadanego przez siebie wzorca, co warto zaszczyć ponownie w tym miejscu, Zamawiający nie zakwestionował zaoferowanej ryczałtowanej ceny za wykonanie badań laboratoryjnych. Dowód nr 1 przedstawiony przez Odwołującego wskazuję, że w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia w przedmiotach zbliżonych, podobnych do obecnego prowadzonych przez tego Zamawiającego jak również innych Zamawiających w wyniku przyjętego sposobu szacowania wartości zamówienia następowało „przeszacowanie wartości zamówienia”. Z przedstawionego dowodu wynika, że w postępowaniach o udzielnie zamówienia składane są oferty, których rozpiętość cenowa jest bardzo duża co wskazuje na to, że oferowana cena przez Odwołującego za realizację zamówienia nie jest przypadkowa i nie odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień.

W ocenie Izby Odwołujący złożył wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący, zgodnie z żądaniem Zamawiającego przedstawił wraz ze złożonymi wyjaśnieniami dokumenty (ofertę laboratorium) potwierdzające, że wskazana w wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji (sporządzonej na podstawie załącznika nr 1 do pisma z dnia 7 stycznia 2016 roku) cena ryczałtowa za wykonanie badań laboratoryjnych znajduje potwierdzenie w ofercie laboratorium. Nieuprawnione było przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta laboratorium miała pochodzić od laboratorium akredytowanego, bowiem nie wynikało to z żadnych

postanowień wezwania. Izba zaznacza, że Odwołujący przedstawił kalkulację własną sporządzoną zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, a potwierdzenie realności tej kalkulacji w zakresie badań laboratoryjnych wykazał złożoną ofertą laboratorium. Wymaga zaznaczenia, że art. 90 ust. 3 ustawy zawiera dwie odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Po pierwsze, brak złożenia wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy stanowi samodzielna przesłankę odrzucenia oferty niezależnie od ustalenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (część alternatywy: *nie złożył wyjaśnień*) z czym nie mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, co zostało wykazane powyżej. Drugim przypadkiem jest natomiast ustalenie na podstawie złożonych wyjaśnień, że cena oferty jest rażąco niska (część alternatywy: *lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*) w tym zakresie należy wskazać, że Zamawiający nie zakwestionował ceny oferty, dodatkowo wskazując na rozprawie, że *nie kwestionuje ceny za badanie laboratoryjne, lecz sposób ich wykazania. Podkreśla, że ceny w zakresie badań, dla których wymagane jest przeprowadzenie przez laboratoria akredytowane nie pochodzą od laboratorium akredytowanego, czyli nie zostały przedstawione oferty pochodzące bezpośrednio od laboratorium akredytowanego. (...) żądanie zamawiającego miało na celu możliwość sprawdzenia cen laboratorium akredytowanego z czym również nie sposób się zgodzić, bowiem takie wymogu nie było w wezwaniu i nie można zgodzić się z Zamawiającym, który twierdził w czasie rozprawy, że z wezwania do złożenia wyjaśnień „należy przedstawić ofertę laboratorium, która powinna posiadać oddzielną wycenę dla badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę dla pozostałych badań” wynika, że oferta badań laboratorium jakich żądał przedstawienia, zawierająca ceny jednostkowe miała pochodzić od laboratorium akredytowanego* ponieważ stanowi to nadinterpretację wymagań Zamawiającego określonych w wezwaniu z dnia 7 stycznia 2016 roku. Zamawiający również w trakcie rozprawy potwierdził, że żądał od wykonawców w wyniku wezwania z dnia 7 stycznia 2016 roku *przedstawienia ceny ryczałtowej w tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do wezwania w zakresie złożenia wyjaśnień elementów ceny mających wpływ na jej wysokość, a wykazaniu, że cena ryczałtowa jest realna miały służyć złożone przez wykonawcę oferty laboratoriów zawierające ceny jednostkowe poszczególnych badań*. Uwzględniając fakt, że Zamawiający nie kwestionował ceny ryczałtowej jaką wskazał Odwołujący w załączniku nr 1 za badania laboratoryjne, jak również to, że wyjaśnienia zostały złożone a wraz z nimi oferta laboratorium Izba uznała działania Zamawiającego za nieprawidłowe. Tym samym prowadzi to do unieważnienia czynności dokonanej przez Zamawiającego a stanowiącej o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania.

II.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny w sytuacji, gdy w ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia nie potwierdziły w sposób dostateczny, że zaoferowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby, wezwanie do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny było precyzyjne, wskazywało w jaki sposób i w oparciu o jaki dokument (znacznik nr 1) należy przedstawić kalkulację oraz dodatkowo odnosiło się do dokumentów jakie wykonawca ma złożyć w celu potwierdzenia przedstawionej kalkulacji. W ocenie Izby – co znajduje wyraz w uzasadnieniu rozpoznania zarzutu I – wyjaśnienia Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 12 stycznia 2016 roku były precyzyjne i spełniające wszelkie wymagania tegoż wezwania, jak również do wyjaśnień zostały załączone dokumenty, w kwestionowanym niesłusznie przez Zamawiającego zakresie, tzn. złożona została oferta laboratorium potwierdzająca realność zaoferowanej ceny ryczałtowej za wykonanie badań laboratoryjnych. Uznanie przez Izbę zarzutu I stawianego przez Odwołującego tj. naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy w zakresie do jakiego zarzut ten się odnosił powoduje, że rozpoznawany w tym punkcie zarzut jest niezasadny.

III.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – Izba uznała zarzut za zasadny.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje: art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.*

W związku z uwzględnieniem przez Izbę zarzutu I stawianego przez Odwołującego tj. naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, Izba nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Uwzględniając, że cena oferty

Odwołującego wynosi 939 166,50 zł brutto a szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek VAT – 2 015 183,99 zł brutto, która stanowi również kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia uznać należy, że nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, na które powołał się Zamawiający.

IV.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – Izba uznała zarzut za zasadny.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje: art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Izba uznała, że działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszyło zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). W rozpoznawanej sprawie wykazane zostało, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, w efekcie których to czynności w sposób niewłaściwy dokonana została oceny oferty Odwołującego, tym samym Zamawiający naruszył obowiązujące zasady.

Sygn. akt KIO 148/16

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustaw przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą - Izba uznała zarzut za zasadny.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W art. 90 ustawy czytamy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3. 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.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradykcyjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności

podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2016 roku wezwał Odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację zamówienia, w szczególności o wyjaśnienie czy zaproponowana cena została określona z należytą starannością oraz czy gwarantuje wykonanie zamówienia w sposób rzetelny.

Zamawiający między innymi zobowiązał wykonawcę do przedstawienia kalkulacji ceny w zakresie wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia, wskazał również, że wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wyjaśnień powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np.: oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien wskazać co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu cena został obniżona dzięki ww. czynnikom.

Zamawiający wskazał również, że *wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Zasadnym jest aby złożone wyjaśnienia były odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny*

Zamawiający wskazał na złożenie informacji dotyczących kalkulacji ceny ofertowej takich jak: dojazd inspektorów na budowę, zysk, organizowanie roboczych narad koordynacyjnych na terenie budowy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. *Ponadto zaleca się załączenie do składanych wyjaśnień dowodów w granicach ich celu.*

Wykonawca powinien przedstawić kalkulację ceny ofertowej (czynność obliczeniowa zmierzająca do ustalenia kosztów przypadających na przedmiot zamówienia) w zakresie wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia z uwzględnieniem wszystkich cementów mających wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Kalkulację należy sporządzić zgodnie z załącznikiem nr 1.

Ponadto do wyjaśnień Wykonawca zobowiązany jest dołączyć ofertę laboratorium lub laboratoriów zawierającą ceny jednostkowe poszczególnych badań przewidzianych w STWiORB we wszystkich branżach.

Należy przedstawić ofertę laboratorium, która powinna posiadać oddzielną wycenę dla badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę dla poszczególnych badań.

Koszty przedstawione przez wykonawcę powinny uwzględniać wszystkie obowiązki wynikające z przedmiotu zamówienia.

W piśmie z dnia 12 stycznia 2016 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie elementów oferty jakie miały wpływ na obliczenie ceny oferty, wskazał również, że szczegółową kalkulację ceny ofertowej załączył do pisma a przygotował zgodnie z przekazanym przez Zamawiającego wzorem, wskazał również, że przedstawił szczegółowe oferty dotyczące obsługi laboratoryjnej w oparciu o postanowienia SIWZ.

Pismem z dnia 25 stycznia 2016 roku Zamawiający powiadomił wykonawcę o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy – *wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał między innymi, że złożone przez wykonawcę w dniu 12 stycznia 2016 roku wyjaśnienia nie zawierają uzasadnienia dla niskiej ceny oferowanej przez wykonawcę oraz nie zawierają elementów, o przedstawienie których wnioskował Zamawiający. Ze względu na nierzetelność i niekompletność złożonych wyjaśnień wykonawca uniemożliwił Zamawiającemu przeprowadzenie ich oceny i podjęcie decyzji czy zaproponowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska. Reasumując wykonawca nie złożył w wymaganym przez Zamawiającego zakresie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

Zamawiający w wezwaniu prosił o podanie powodów zaproponowania tak niskiej ceny oraz przedstawienie kalkulacji szczegółowej.(...)

Wykonawca nie przedstawił jednak oferty laboratorium / laboratoriów zawierających ceny jednostkowe poszczególnych badań przewidzianych w STWiORB, a o które wnioskował Zamawiający. Wykonawca załączył oferty laboratoriów zawierające jedynie ilości badań.

Należało także przedstawić ofertę laboratorium, która w swej treści powinna posiadać oddzielną wycenę dla badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę dla pozostałych badań.

Wykonawca powyższego nie złożył a więc Zamawiający nie dostał informacji jakich żądał.

Oferty laboratorium na obsługę laboratoryjną przedstawione przez wykonawcę zawierają w swej treści tylko ogólne kwoty ryczałtowe 70 000,00 zł oraz 80 000,00 zł, a także cenę jednostkową próby zginania 60 zł/ 1 próba, bez rozbicia cenowego, którego żądał Zamawiający. Ponadto wykonawca w wykazie ilości badań winien szczegółowo doprecyzować co wchodzi w skład 1 kompletu badań dla poszczególnych asortymentów. Zamawiający na podstawie złożonego wykazu nie mógł określić, czy wykonawca określił wszystkie rodzaje badań.

Zamawiający wyraźnie wskazał, że należało przedstawić ceny jednostkowe poszczególnych badań oraz ofertę laboratorium zawierającą oddzielną wycenę dla badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę dla pozostałych badań. Brak powyższych kalkulacji nie daje Zamawiającemu możliwości przeprowadzenia analizy, czy poszczególne składniki zostały wycenione w sposób gwarantujący należyte wykonanie zamówienia. Wykonawca miał skalkulować rzeczywistą liczbę badań, jakie należało wykonać w trakcie kontraktu. Należało podać szczegółowy koszt badań oraz jakie założenia przyczyniły się do takiej kalkulacji. Wykonawca przedstawił tylko ryczałtową cenę za badania. Wykonawca nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych, które pozwoliłyby Zamawiającemu przeanalizować prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do laboratoryjnych badań kontrolnych. (...)

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający określił w rozdziale 12 *Opis sposobu obliczenia ceny.*

12.1. Oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty związane z realizacją zadania niezbędne do jego wykonania wynikające z SIWZ oraz umowy z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (w tym podatek VAT w wysokości 23 % – dotyczy podmiotów będących płatnikiem podatku VAT).

12.2. Wszelkie obliczenia należy dokonać z dokładnością do pełnych groszy (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zarówno przy kwotach netto, VAT i brutto), przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się

do 1 grosza.

12.3. Cenę oferty należy umieścić w formularzu ofertowym wg załączonego druku załącznik nr 7 tj.: należy podać cenę netto, obliczy podatek VAT – 23 % (dotyczy podmiotów będących płatnikami VAT) obliczyć cenę brutto oferty powiększając cenę netto o należny podatek VAT.

W załączniku nr 9 do SIWZ – Wzór umowy w § 7 zatytułowanym *Wynagrodzenie*, Zamawiający w pkt 1 - 3 określił:

1. Za wykonanie przedmiotu umowy Inżynier Kontraktu otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie:... zł netto (słownie:... zł) + podatek VAT według stawki wynoszącej 23 % w kwocie ... tj. kwotę ...brutto (słownie:... zł).
2. Strony ustalają, że wynagrodzenie określone w ust. 1 ma charakter ryczałtowy w rozumieniu art. 632 § 1 Kodeksu Cywilnego i zostało ustalone jako stałe w okresie obowiązywania umowy oraz nie podlega waloryzacji. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zadania niezbędne do jego wykonania z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (w tym podatek VAT w wysokości 23 % – dotyczy podmiotów będących płatnikiem podatku VAT).
3. Inżynier Kontraktu oświadcza, że wynagrodzenie ryczałtowe określone w ust. 1, w całości wyczerpuje jego roszczenia wobec Zamawiającego z tytułu należytego wykonania przedmiotu umowy.

Cena oferty Odwołującego – 979 307,55 zł brutto, szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek VAT – 2 015 183,99 zł brutto.

Izba zważyła:

W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego

terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji.

Zadaniem Izby jest ocena dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych wyjaśnień oraz dokonania czynności będących efektem ww. czynności. Jednocześnie należy mieć na względzie, że ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym samym w trakcie postępowania odwoławczego strona nie dość, że jest uprawniona do dowodzenia swoich twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach to w zasadzie ustawodawca nałożył na nią ciężar dowiedzenia, że oferta, którą wykonawca złożył w danym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na to, że nie złożył on wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz wskazał, że Odwołujący nie przedstawił oferty laboratorium/ laboratoriów zawierających ceny jednostkowe poszczególnych badań, o które wnioskował Zamawiający, załączył oferty laboratoriów zawierające jedynie ilości badań, jak również nie przedstawił oddzielnej wyceny dla badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę dla pozostałych badań.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający wymagał przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej, należy się zgodzić z Odwołującym, że treść wezwania do złożenia wyjaśnień elementów ceny mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w sposób jednoznaczny wskazuje, że kalkulacja miała być sporządzona zgodnie z załącznikiem nr 1 do tegoż pisma. Faktem jest, że Zamawiający w kilku miejscach pisma z dnia 7 stycznia 2016 roku odnosi się do konieczności przedstawienia przez wykonawcę kalkulacji, jednakże w każdym przypadku są to ogólne odniesienia a kategoryczne stwierdzenie Zamawiającego, wskazujące na sposób przygotowania kalkulacji, a co za tym idzie również zakres informacji jaki ma się w niej znajdować, brzmi: *Kalkulację należy sporządzić zgodnie z załącznikiem nr 1. Co więcej, taki sposób przedstawienia kalkulacji przez wykonawców, jednakowy dla wszystkich którzy*

zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w pełni współgra z określonym przez Zamawiającego sposobem wynagradzania zawartym we wzorze umowy oraz należy uznać, że odnosi się do wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia, bowiem został przygotowany przez samego Zamawiającego, który to Zamawiający sam odnosił się w treści pisma do tych elementów. Inny sposób oceny załączonego dokumentu jest niedopuszczalny, bowiem stanowiłby o tym, że Zamawiający przekazując załącznik zgodnie z którym należało dokonać kalkulacji wprowadził wykonawców w błąd. Tym samym jakiegokolwiek twierdzenia Zamawiającego o braku kalkulacji są nieuprawnione w przypadku, gdy wykonawca załączył do złożonych wyjaśnień uzupełniony załącznik nr 1. W tym miejscu należy wskazać, że załącznik nr 1 do pisma z dnia 7 stycznia 2016 roku stanowi tabelę, gdzie w pozycji 3 – *Laboratorium inżyniera kontraktu*, podana została jedna podpozycja 3.1 – *Badania prowadzone przez laboratorium (20% badań wykonawcy)*, natomiast w kolumnie: *jednostka czasu/ilość/ rozliczenia* dla pozycji 3.1 podano: *ryczałt*, a w kolumnie: *minimalna liczba jednostek: 1*.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że sam Zamawiający wskazał w uzasadnieniu pisma z dnia 25 stycznia 2016 roku, na co zwrócił również uwagę w uzasadnieniu odwołania Odwołujący, że *wykonawca złożył także kalkulację zgodnie z wytycznymi Zamawiającego*.

Odwołujący załączył do złożonych wyjaśnień załącznik nr 1, w którym przedstawił podał kwotę ryczałtową 184 500, 00 zł brutto (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) w pozycji 3.1 tabeli oraz przedstawił wyjaśnienia w treści pisma z dnia 12 stycznia 2016 roku przesłanego do Zamawiającego, jak również Odwołujący załączył do wyjaśnień z dnia 7 stycznia 2016 roku oferty laboratoriów:

- Dyrekcja Inwestycji Miejskich Sp. z o.o., w której wskazana została kwota ryczałtowa za kompleksową obsługę laboratoryjną: 70 000, 00 zł netto a w tabeli podane ilości badań i przedmiary, oraz w której to ofercie zostało zaznaczone, że badania stali zostaną wykonane na rzecz Dyrekcji Inwestycji Miejskich S. z o.o. przez Laboratorium Badań Materiałowych „LAB TEST” Sp. z o.o. posiadające akredytację w zakresie badań stali, wraz z załączoną ofertą Laboratorium Badań Materiałowych „LAB TEST” Sp. z o.o. w zakresie oferty na badanie prętów zbrojeniowych, w której podano ceny jednostkowe dla próby rozciągania i próby zginania,
- Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. Laboratorium Inżynierii Lądowej, w której wskazana została kwota ryczałtowa za kompleksową obsługę laboratoryjną: 80 000, 00 zł netto, wskazano również, że badania obejmować będą kontrolę jakości mieszanek betonowych i mineralno-asfaltowych w ilości i zakresie wskazanym w tabeli zamieszczonej w ofercie.

Zamawiający nie twierdził, że zaoferowana cena (ryczałtowa) za wykonane badania laboratoryjne podana w pkt 3.1 załącznika nr 1 jest za niska, a skupia swoją uwagę na tym, że nie została ona wykazana w sposób, który określili w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.

Zaznaczyć należy w tym miejscu, że zgodnie z poczynionymi ustaleniami wynagrodzenie za realizację zamówienia przewidziane we wzorze umowy stanowi wynagrodzenie ryczałtowe (załącznik nr 9 do SIWZ – Wzór umowy w § 7) a w zakresie sposobu określenia ceny oferty Zamawiający wymagał, że oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty związane z realizacją zadania niezbędne do jego wykonania wynikające z SIWZ oraz umowy z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (w tym podatek VAT w wysokości 23 % – dotyczy podmiotów będących płatnikiem podatku VAT). Tym samym charakter wynagrodzenia za realizację zamówienia jaki został określony przez Zamawiającego w SIWZ wpłynął bezpośrednio na przygotowaną przez Zamawiającego kalkulację stanowiącą załącznik do wezwania z dnia 7 stycznia 2016 roku, w której również wymagał podania ceny ryczałtowej dla badań laboratoryjnych.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień do wskazania elementów oferty jakie mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wskazał, że wykonawca *zobowiązany jest dołączyć ofertę laboratorium lub laboratoriów zawierającą ceny jednostkowe poszczególnych badań przewidzianych w STWiORB we wszystkich branżach. Należy przedstawić ofertę laboratorium, która powinna posiadać oddzielną wycenę dla badań wymagających akredytacji (badania mas bitumicznych, betonu i stali) oraz wycenę dla poszczególnych badań.*

Jednocześnie podkreślić należy, że Zamawiający nie zakwestionował prawidłowości i kompletności oferty złożonej przez Odwołującego jak również nie kwestionował zakresu przedstawionej kalkulacji (elementów skalkulowanych w załączniku nr 1) oraz cen ryczałtowych jakie zostały tam wskazane dla poszczególnych pozycji.

Zaznaczyć należy, że oferty laboratoriów załączone do złożonych wyjaśnień przedstawiają konkretne zryczałtowane ceny za realizację określonych w nich badań laboratoryjnych, co istotne, z treści ofert wynika w sposób jednoznaczny, że odnoszą się do oszacowania ceny badań laboratoryjnych w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na co wskazuje wprost odniesienie się w ofertach do zakresu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga w tym wypadku, że Zamawiający nie kwestionował ilości badań i przedmiarów jakie zostały wskazane w załączonych ofertach, jak również nie kwestionuje ceny ryczałtowej w poszczególnych ofertach jak również ceny ryczałtowej wskazanej w dokumencie sporządzonym na podstawie załącznika nr 1 do wezwania z dnia 7 stycznia 2016 roku w zakresie wykonania badań laboratoryjnych.

Słuszna zdaje się być argumentacja przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie, że przy braku cen jednostkowych nie można mówić o tym, że cena oferty jest rażąco niska z uwagi na to, że Zamawiający nie zna poszczególnych cen jednostkowych. Izba zaznacza, że Zamawiający w trakcie rozprawy, gdzie rozpoznawane były zarzuty z odwołania o sygn. akt 140/16 w tym samym postępowaniu odwoławczym, złożył oświadczenie, że można było określić tylko przybliżoną ilość badań. Prowadzi to do wniosku, że podanie jedynie ceny ryczałtowej w kalkulacji sporządzonej na podstawie wzoru przygotowanego przez Zamawiającego obiektywnie było prawidłowe. Tym samym podanie cen ryczałtowych w ofertach laboratoriów za wykonanie poszczególnego rodzaju badań z odniesieniem do przedmiarów oraz wskazaniem ilości (w zasadzie nadal tylko potencjalnej) badań umożliwia Zamawiającemu zweryfikowanie ceny ryczałtowej jaką zaoferował Odwołujący, w tym zakresie w sporządzonej zgodnie z wzorem kalkulacji. Ceny ryczałtowe jakie wskazały laboratoria potwierdzają realność ceny przedstawionej przez Odwołującego w kalkulacji ceny dla badań laboratoryjnych, czego również w trakcie rozprawy nie kwestionował Odwołujący. Stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w czasie rozpraw co do możliwości określenia szczegółowo ilości badań pozostaje w sprzeczności z argumentacją z pisma Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2016 roku, że wykonawca miał skalkulować rzeczywistą liczbę badań, jaką należy wykonać w trakcie kontraktu. Sam Zamawiający na rozprawie potwierdził, że nie sposób jest jednoznacznie określić ilości badań, dlatego też przyjmuje się założenia na podstawie dokumentacji i w oparciu o nie szacuje się wartość takich badań i w taki też sposób laboratoria, które zostały zapytane o wycenę badań dokonały szacunku podając cenę ryczałtową przy uwzględnieniu założeń wynikających z przedmiarów.

Odnosząc się do wskazywanego przez Odwołującego sposobu szacowania wartości zamówienia należy wskazać, że Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia przez przyjęcie, że stanowi on 2,5% wartości robót budowlano – montażowych określonej na podstawie wniosku o wszczęcie prac o udzielnie zamówienia publicznego na *Przebudowę skrzyżowania ulic: al. Solidarności, al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha w Lublinie wraz z budową w al. Solidarności estakady nad skrzyżowaniem z al. Sikorskiego i ul. Gen. B. Ducha, budową kładki dla pieszych nad al. Solidarności na wysokości ul. Ireny Kosmowskiej wraz z budową i przebudową infrastruktury technicznej: oświetlenia ulicznego, kanalizacji deszczowej, sieci elektroenergetycznych, kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, sieci gazowej, linii teletechnicznych, kanału technologicznego* ustalonych na kwotę 65 534 427,63 zł netto czyli wynosi 1 638 360,97 zł netto (2 015 183,99 zł brutto), co wynika z dokumentu zawartego w dokumentacji *Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia*. Jak już wcześniej było wskazane, Zamawiający nie był w stanie wyjaśnić na rozprawie jaka część tej kwoty odnosiła się do badań laboratoryjnych, jak również nie był w stanie określić ilości badań jakie

mają być wykonane w zakresie realizacji kontraktu i sam przyznał, że możliwe jest tylko ich przybliżone ustalenie. Tym samym nie miał nawet możliwości odniesienia wskazanych przez wykonawcę cen za wykonanie badań laboratoryjnych do posiadanego przez siebie wzorca, co warto zaznaczyć ponownie w tym miejscu, Zamawiający nie zakwestionował zaoferowanej zryczałtowanej ceny za wykonanie badań laboratoryjnych. Dowód nr 2 wskazujący na ustalenie wartości szacunkowej zamówienia w lipcu 2015 roku w innym prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu przy tym samym zakresie przedmiotowym zamówienia, gdzie Zamawiający do szacunku wartości zamówienia pełnienia funkcji inżyniera kontraktu przyjął 2% wartości inwestycji stanowi o dowolności szacowania wartości przez Zamawiającego, tym bardziej, że w trakcie rozprawy Zamawiający nie wyjaśnił, nie doniósł się do złożonego dowodu i wykazał, jaka była różnica powodując ten inny sposób szacowania wartości zamówienia. Tym samym odniesienie szacunku w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wskazanego powyżej, pozwala na stwierdzenie, że sposób szacowania wartości zamówienia nie jest miarodajny, co podnosił również Odwołujący. Zasadnie argumentował Odwołujący, że gdyby Zamawiający przygotował oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia przy użyciu załącznika nr 1 do wezwania z dnia 7 stycznia 2016 roku do złożenia wyjaśnień, to wartość szacunkowa zamówienia z pewnością byłaby inna, a Zamawiający wiedziałby jaka jest realna wartość szacunkowa zamówienia, w tym wartość badań laboratoryjnych. Odwołujący wskazał również, odnosząc się do przedstawionych na rozprawie zestawień stanowiących opracowania własne Odwołującego, dowód nr 3 i 4 wskazują, że w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia w przedmiotach takich samych, zbliżonych, podobnych do obecnego prowadzonych przez tego Zamawiającego w wyniku przyjętego sposobu szacowania wartości zamówienia następowało „przeszacowanie wartości zamówienia”, a ceny ofert w postępowaniach odbiegały w znacznym procencie od szacunku Zamawiającego. Przykładowo odnosząc się do zamówień realizowanych przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego, to stosunek wartości kwoty oferty do szacunkowej wartości zamówienia wynosił 45%, 28% czy też 18%, natomiast w rozpoznawanej sprawie cena oferty Odwołującego w stosunku do szacunku Zamawiającego stanowi 48,59%, co wskazuje, że cena jest wyższa od wcześniej oferowanych w innych postępowaniach. Z przedstawionych dowodów wynika, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia składane są oferty, których rozpiętość cenowa pomiędzy szacunkową wartości zamówienia a ceną poszczególnych ofert jest bardzo duża, co wskazuje na to, że oferowana cena przez Odwołującego za realizację zamówienia nie jest przypadkowa i nie odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień, a wręcz w tym przypadku, w zakresie ofert składanych Zamawiającemu przez Odwołującego procentowy stosunek wartości ceny oferty do

szacunkowej wartości zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest najwyższy spośród wskazywanych przez odwołującego zamówień.

W ocenie Izby Odwołujący złożył wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący, zgodnie z żądaniem Zamawiającego przedstawił wraz ze złożonymi wyjaśnieniami dokumenty (ofertę laboratorium) potwierdzające, że wskazana w wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji (sporządzonej na podstawie załącznika nr 1 do pisma z dnia 7 stycznia 2016 roku) cena ryczałtowa za wykonanie badań laboratoryjnych znajduje potwierdzenie w ofertach laboratorium. Zaznaczyć należy również, że z żadnych postanowień wezwania nie wynikało, że oferta laboratorium miała pochodzić od laboratorium akredytowanego.

Izba zaznacza, że Odwołujący przedstawił kalkulację własną sporządzoną zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, a na potwierdzenie realności tej kalkulacji w zakresie badań laboratoryjnych załączył oferty laboratoriów. Wymaga zaznaczenia, że art. 90 ust. 3 ustawy zawiera dwie odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Po pierwsze, brak złożenia wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty niezależnie od ustalenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (część alternatywy: *nie złożył wyjaśnień*) z czym nie mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, co zostało wykazane powyżej. Drugim przypadkiem jest natomiast ustalenie na podstawie złożonych wyjaśnień, że cena oferty jest rażąco niska (część alternatywy: *lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*) w tym zakresie należy wskazać, że Zamawiający nie zakwestionował ryczałtowej ceny oferty jak również ryczałtowej ceny za badania laboratoryjne.

Żądanie przez Zamawiającego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej w postępowaniu ceny stanowi zarazem uprawnienia jak również obowiązek Zamawiającego. Wykonawcy mają obowiązek złożyć wyjaśnienia jak najbardziej umotywowane a w przypadkach, w których jest to możliwe i zasadne winni przedstawić twierdzenia poprzeć dowodami. Pamiętać należy, niezależnie od zakresu wezwania Zamawiającego, że wyjaśnienia wykonawcy w zakresie elementów składowych mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny zawsze są indywidualne dla danego wykonawcy, dokonywane w konkretnych warunkach z uwzględnieniem wcześniej, na etapie sporządzania oferty, poczynionych ustaleń, wycen itp. Słuszną wydaje się być na kanwie tego postępowania teza, że wymaganie złożenia dowodów nie może być utożsamiane, traktowane przez Zamawiającego w pryzmacie nakazu przedstawienia tak bardzo skonkretyzowanych dokumentów jak oferty laboratoriów zawierające ceny jednostkowe. Przedstawione dowody mają potwierdzać, urealniam wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę w zakresie

elementów oferty. Przedstawienie ofert zawierających ceny jednostkowe poszczególnych badań miało z pewnością służyć potwierdzeniu realności zaoferowanej ceny ryczałtowej przez wykonawcę, jednocześnie Zamawiający nie określił poziomu tych cen w swoich szacunkach, tym samym nie miałby do czego odnosić poszczególnych cen jednostkowych. Żądanie Zamawiającego, przy uwzględnieniu, że nie można określić w sposób jednoznaczny ilości poszczególnych badań laboratoryjnych realizowanych w trakcie kontraktu, co sam Zamawiający potwierdził stając się iluzoryczne, bowiem przy określeniu ryczałtowej ceny za badania laboratoryjne wykonawcy w tym stanie rzeczy opierali się na cenach ryczałtowych zaoferowanych przez laboratoria. Uwzględniając fakt, że Zamawiający nie kwestionował ceny ryczałtowej jaką wskazał Odwołujący w załączniku nr 1 za badania laboratoryjne, jak również to, że wyjaśnienia zostały złożone a wraz z nimi oferty laboratoriów Izba uznała działania Zamawiającego za nieprawidłowe. Tym samym prowadzi to do unieważnienia czynności dokonanej przez Zamawiającego a stanowiącej o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania.

II.

W zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 oraz art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.*
- art. 24 ust. 2 pkt 2 - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*

Izba ustaliła:

W SIWZ w rozdziale 5 *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* Zamawiający określił:

5.4. Jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy:
5.4.1. w zakresie warunku określonego w pkt 5.1.2. wykażą wykonanie minimum 1 usługi polegającej na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego w zakresie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2013, poz. 1409 z późn. zm.) drogi w klasie drogi nie niższej niż G, o wartości inwestycji (robót budowlanych) co najmniej 40 000 000,00

zł brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

W rozdziale 6 SWIZ - Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający podał:
6.2. W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany przez Zamawiającego, należy złożyć następujące dokumenty:

6.2.1. Wykaz wykonanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (wg załącznika nr 3) oraz załączenie dowodów, czy zostały wykonane należycie.

6.2.1.1. Obowiązek wskazania w wykazie i potwierdzenia należytej realizacji dokumentem dotyczy: wykonania minimum 1 usługi polegającej na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego w zakresie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2013, poz. 1409 z późn. zm.) drogi w klasie drogi nie niższej niż G, o wartości inwestycji (robót budowlanych) co najmniej 40 000 000,00 zł brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Wykonawca Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu w dokumencie Wykaz wykonanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (str. 18 oferty) podał w kolumnie przedmiot usługi:

Pełnienia usługi koordynatora wszystkich robót branżowych wraz z pełnieniem nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji pn.: „Rozbudowa linii tramwajowej KST IIB wraz z układem drogowym (ul. Lipska – ul. Wielicka) w Krakowie” w tym wartość nadzorowanych robót budowlanych polegających na budowie / przebudowie drogi 155 644 995,02 zł klasa drogi G.

Izba zważyła:

Z uzasadnienia odwołania w zakresie tego zarzutu wynika, że wykonawca Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu jak również w sposób świadomy i zawiniony wprowadził Zamawiającego w

błąd co do zakresu zadania inwestycyjnego, na które się powołał w wykazie odnośnie wykazania, że w zakresie tej inwestycji występowała przebudowa lub budowa drogi w klasie nie niższej niż G. Odwołujący powołując się na pismo pochodzące z ZIKiT z Krakowie a złożone do odwołania podniósł, że *wzmiankowana inwestycja nie obejmowała budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. „Prawo budowlane” Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.) drogi w klasie nie niższej niż G, jednakże wartość inwestycji (robót budowlanych) przekraczała 40 000 000,00 zł brutto*

W trakcie rozprawy Odwołujący złożył (dowód nr 5) Umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego zawarta w dniu 28 października 2013 roku pomiędzy Gminą Miejską Kraków ZIKiT w Krakowie a Procom Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz wskazując na załącznik nr 1 do tej umowy zawierający zakres czynności inspektora nadzoru inwestorskiego podniósł, że podane tam zostały nazwy ulic i klasy poszczególnych dróg jakie były przedmiotem zamówienia, co potwierdza niespełnienie warunku.

Wykonawca Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu wskazał składając (dowód nr 6) pismo z dnia 9 lutego 2016 roku *Wezwanie do sprostowania informacji* skierowane do ZIKiT w Krakowie wraz z załącznikami wniósł do ZIKiT w Krakowie o sprostowanie przekazanych informacji Odwołującemu, bowiem inwestycja, którą realizował i na którą się powołuje w postępowaniu obejmowała również przebudowę skrzyżowanie ul. Kuklińskiego i Lipskiej w Krakowie, które to ulice Kuklińskiego i Lipska w Krakowie są drogami klasy G. Wykonawca Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu załączył do tego pisma oraz powołał się na rozprawie na opinię Politechniki Śląskiej w Gliwicach (wyciąg), z której wynika (str. 56), że ul. Kuklińskiego i Lipska w Krakowie to drogi klasy G.

W kolejnych przedstawionych przez Wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu dowodach (7 i 8) tj. wydruk ze strony internetowej wskazujący projekt przebudowy ul. Kuklińskiego w Krakowie, z którego wynika, że inwestorem jest Zarząd Dróg w Krakowie i dotyczy drogi klasy G oraz projekt uchwały rady miasta Krakowa (wyciąg) § 26 zawierający informację o kategorii drogi G ulicy Kuklińskiego i ulicy Lipskiej w Krakowie, znajduje potwierdzenie ponownie stanowisko reprezentowane przez Wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu na rozprawie oraz wykazywane ww. dokumentem, jednakże nie sposób dokumentom tym przypisać wartość dowodową z uwagi na to, że stanowią wydruk ze strony internetowej jak również dlatego, że przedstawiony został jedynie projekt uchwały.

Natomiast stanowisko reprezentowane przez Wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu niewątpliwie potwierdza (dowód nr 9) informacja (wyciąg) z Wieloletniego Planu Inwestycji Miasta Krakowa na lata 2007-2016 (str. 63 i 66), zawierający informację o kategorii drogi ulicy Kuklińskiego i ulicy Lipskiej w Krakowie.

Izba odnosząc się również do ww. umowy jaką złożył w postępowaniu Odwołujący wskazując na załącznik nr 1 podnosi, że w zakres czynności wchodziło między innymi rozbudowa ulicy saskiej jako drogi kategorii powiatowej, o parametrach klasy Z, wraz przebudową skrzyżowania z ulicami Kuklińskiego i Lipską.

Zgodnie z ustawą z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2012 poz. 1137 ze zmianami) art. 2 pkt 10 „skrzyżowanie” – przecięcie się w jednym poziomie dróg mających jezdnię, ich połączenie lub rozwidlenie, łącznie z powierzchniami utworzonymi przez takie przecięcia, połączenia lub rozwidlenia; określenie to nie dotyczy przecięcia, połączenia lub rozwidlenia drogi twardej z drogą gruntową, z drogą stanowiącą dojazd do obiektu znajdującego się przy drodze lub z drogą wewnętrzną; natomiast zgodnie z ustawą 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 460 ze zmianami) art. 4 pkt 9 „skrzyżowanie dróg publicznych” jednopoziomowe – przecięcie się lub połączenie dróg publicznych na jednym poziomie. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. *w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie* § 55 wynika, że skrzyżowanie dróg klasy Z i G stanowi skrzyżowanie zwykła lub skrzyżowanie skanalizowane, co jest zależne od tego czy zawierają na wlocie wyspę dzielącą lub środkowy pas dzielący. Zgodnie z § 49 ww. rozporządzenia ust. 1. Torowisko tramwajowe usytuowane w ulicy powinno być wydzielone z jezdni, z zastrzeżeniem ust. 2. ust. 2. Torowisko może być wspólne z jezdnią na skrzyżowaniu oraz na ulicy klasy G i ulicach niższych klas między skrzyżowaniami z wyłączeniem rozjazdów, a w szczególności zwrotnic.

W obliczu powyższego i w zakresie zarzutu jaki podniósł Odwołujący, Izba wskazuje, że Wykonawca Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu wykazał się doświadczeniem w zakresie realizacji usługi obejmującej budowę lub przebudowę drogi klasy G.

W zakresie zarzut nie było kwestionowane przez Odwołującego wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do części odnoszącej się do *wartości inwestycji (robót budowlanych) co najmniej 40 000 000,00 zł brutto* oraz w zakresie podanej w wykazie kwoty przez Wykonawca Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu odnoszącej się do: *wartość nadzorowanych robót budowlanych polegających na budowie / przebudowie drogi 155 644 995,02 zł*. Również nie było kwestionowane w odwołaniu, nie było wskazane w uzasadnieniu faktycznym zarzutu, że warunek odnosi się do: *„wykonawca ma się wykazać pełnieniem funkcji inwestora zastępczego w zakresie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji(...)”* a w zakresie doświadczenia wykazanego przez Odwołującego z odniesieniem do przedstawionej na rozprawie umowy dotyczy: czynności inspektora nadzoru inwestorskiego. Dlatego też w powyższym zakresie, określonym w tym akapicie, Izba nie rozpoznawała zarzutu w tej części, która wychodziła poza zakres odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu z postępowania .

Odnosząc się do stanowiska przedstawionego w piśmie z dnia 15 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 148/16 ł *Odpowiedź na odwołanie* – uznaje w części odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 192 ust. 1 ustawy o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku, a w pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Natomiast według art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. De lege lata przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania przez Zamawiającego. Izba umarza, czyli może umorzyć postępowanie odwoławcze wyłącznie w ściśle wskazanych przypadkach, które kazuistycznie zostały określone w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy. W przepisach tych możliwość umorzenia postępowania uzależniono od uznania przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Również tylko do takiej sytuacji odnosi się dyspozycja art. 186 ust. 2 zd 2 ustawy, zgodnie z którą w razie umorzenia postępowania przez Izbę Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Izba, związana zasadą legalizmu, orzeka na podstawie przepisów prawa oraz w ich granicach, a kreowanie, na zasadzie per analogiam, nieznaney przepisom ustawy instytucji procesowej częściowego umorzenia postępowania należy uznać za niedopuszczalne.

Uznanie przez Zamawiającego zasadności niektórych zarzutów ma znaczenie procesowe w zakresie dowodzenia ich zasadności. Stanowi potwierdzenie przez Zamawiającego, że prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia niezgodnie z zarzucanymi przepisami, czyli przyznanie faktów leżących u podstaw uznanych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy. Izba bierze je pod uwagę przy orzekaniu, o ile nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i nie prowadzi do naruszenia przepisów prawa. Natomiast merytoryczna zasadność zarzutów, a nie ich uznanie przez zamawiającego, przesądza bezpośrednio o wyniku sprawy odwoławczej, co wynika z przywołanego powyżej art. 192 ust. 2 ustawy. Ponieważ uwzględnienie części zarzutów nie wywiera skutku, o którym mowa w art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy, dopiero uwzględnienie odwołania przez Izbę spowoduje, że Zamawiający będzie miał obowiązek uczynienia zadość żądaniom odwołania. Natomiast oddalenie odwołania w takiej sytuacji nie gwarantowałoby wykonawcy, że

Zamawiający rzeczywiście postąpi zgodnie z żądaniami odwołania. W rezultacie wykonawca zostałby pozbawiony możliwości przeprowadzenia egzekucji wyroku Izby, które nie odnosiłoby się do uznanych przez Zamawiającego zarzutów i żądań odwołania. Wykonawca nie mógłby również ponownie wnieść odwołania od tych czynności, ze względu na upływ terminu do ich kwestionowania.

Izba wskazuje, że nie potwierdziły się również przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, tj. złożenie przez wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (nie potwierdził się zarzut naruszenie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy). Wykonawca Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu wykazał, że w ramach realizowanego kontraktu jakim się legitymował w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie posiadanego doświadczenia oraz wiedzy realizowana była przebudowa skrzyżowania z ulicami Kuklińskiego i Lipska, które stanowią drogi klasy G.

III.

W zakresie zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy DDG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą Biała Podlaska - Izba uznała zarzut za niezasadny.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie tego zarzutu Odwołujący podniósł, że wykonawca DDG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą Biała Podlaska w złożonych wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożył ofertę laboratorium „Budotechnika” z siedzibą w Kraśniku, które nie posiada akredytacji, pomimo, że w treści oferty znajduje się następujące oświadczenie „Oświadczamy, że badania objęte akredytacją będą wykonane we współpracy z laboratorium akredytowanym”.

Ze złożonych wyjaśnień wykonawcy DDG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą Biała Podlaska wynika w sposób jednoznaczny, że w zakresie wykonania badań laboratoryjnych wymagających akredytacji, będą one wykonane przez laboratorium akredytowane. Również w ofercie laboratorium wskazane zostało, że badania objęte akredytacją będą wykonywane we współpracy z laboratorium posiadającego akredytację. Tym samym nie sposób przyjąć, że wykonawca DDG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą Biała Podlaska zamierza zaangażować do realizacji badań jedynie laboratorium nieposiadające akredytacji, jak wskazał Odwołujący, laboratorium nieposiadające istotnej cech jaką jest brak akredytacji.

IV.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy polegającego na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia – Izba uznała zarzut za zasadny.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje: art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.*

W związku z uwzględnieniem przez Izbę zarzutu I stawianego przez Odwołującego tj. naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, Izba nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Uwzględniając, że cena oferty Odwołującego wynosi 979 307,55 zł brutto a szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek VAT – 2 015 183,99 zł brutto, która stanowi również kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia uznać należy, że nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, na które powołał się Zamawiający.

V.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – Izba uznała zarzut za zasadny.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje: art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Izba uznała, że działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszyło zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). W rozpoznawanej sprawie wykazane zostało, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, w

efekcie których to czynności w sposób niewłaściwy dokonana została oceny oferty Odwołującego, tym samym Zamawiający naruszył obowiązujące zasady.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: