

**WYROK**

**z dnia 1 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie: Honorata Łopianowska  
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez BUD-INŻ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgierzu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie - w trybie przetargu nieograniczonego na *„wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC [„czerwona książka”], dla kontraktu nr 9B - „Przebudowa sieci wod.-kan. Śródmieście II w Lublinie” w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie”*, przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego – Mota - Engil Central Europe SA w Krakowie - po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - BUD-INŻ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgierzu i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] z kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego - BUD-INŻ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgierzu;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600,00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy] przez Odwołującego BUD-INŻ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgierzu na rzecz Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 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:**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC [„czerwona książka”], dla kontraktu nr 9B - „Przebudowa sieci wod.-kan. Śródmieście II w Lublinie” w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia wynosi 16.633.892,54 zł [4.332.871,20 euro].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 207-315966 w dniu 23 października 2010r.

Zamawiający w dacie 15 marca 2011r. powiadomił wykonawców o dokonaniu oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 90 ust. 3 tej ustawy. Od czynności odrzucenia oferty Odwołujący w dniu 18 marca 2011r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niewłaściwą ocenę oferty, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co prowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, mimo że oferta nie podlega odrzuceniu, ponieważ zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest ceną zaniżoną oraz jest uzasadniona przedmiotem zamówienia i planowanym nakładem prac, jak również aktualną sytuacją rynkową;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na przyjęcie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, mimo faktu, że oferta nie podlega odrzuceniu;
3. naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędną ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień a mianowicie nieuwzględnienie przy ocenie złożonych wyjaśnień obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia oraz wybranych rozwiązań technicznych, mimo faktu, że Odwołujący udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską;

4. naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo złożenia przez Odwołującego wyjaśnień potwierdzających, że oferta jest prawidłowa;

5. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert w sposób niezgodny z SIWZ, tj. wybór oferty - firmy Mota-Engil Central Europe S.A. w Krakowie, a tym samym brak wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, mimo faktu, że oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty firmy Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że:

- w oparciu o wypełniony przedmiar robót zaoferowano wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 6.509.015,23 PLN netto, tj. 8.006.088,73 PLN brutto, przy ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT w wysokości 18.599.716,20 zł;

- mimo prawidłowo wypełnionego przedmiaru robót - Wzoru Wykazu Cen, Zamawiający wezwał Odwołującego, między innymi w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie wskazując na konkretne zarzuty i pozycje. Zamawiający nie sprecyzował jakie czynniki powinien wyjaśnić Oferent, pozostawiając mu wolną rękę. Odpowiedź każdego z oferentów wezwanych do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 powoływanej ustawy, była w innym stylu, co dowodzi zbyt ogólnikowego oraz mało precyzyjnego sformułowania prośby o wyjaśnienie.

- w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, Odwołujący wskazał, że jednoznacznie i stanowczo podtrzymuje swoją ofertę i deklaruje gotowość realizacji zadania za cenę w niej przedstawioną. Wskazano nadto, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę; oferowanej ceny nie można uważać za znacznie zaniżoną w porównaniu do innych ofert. W wyjaśnieniach wskazano, iż zaproponowana przez odwołującego cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia; powołano się na wiarygodność finansową oraz duże przeroby, które ułatwiają Odwołującemu wynegocjowanie dużych upustów w cenach materiałów; wskazano, iż uwzględnione ceny materiałów nie odbiegają od ogólnie

obowiązujących na rynku; powołano się na dobrą organizację robót wynikającą z długoletniego doświadczenia, która determinuje koszty pracy oparte o stawkę godzinową nieodbiegającą od stawek ogólnie przyjętych. Wyjaśniono także, iż koszty pracy sprzętu zostały wyliczone w sposób prawidłowy, uwzględniający ilość godzin i stawkę godzinową.

- Odwołujący składając wyjaśnienia, w załączeniu przedstawił kalkulację szczegółową dotyczącą kosztów pracy, zakupu materiałów oraz pracy urządzeń i sprzętu, uznając, iż pozycje te mają istotny wpływ na zaoferowaną cenę, tym samym zgodnie z wezwaniem Zamawiającego złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, udowadniając tym samym, że wskazana cena jest wiarygodną, nieodbiegającą od cen rynkowych;

- Zamawiający w sposób dowolny i gołosłowny stwierdził, że przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia wszystkich nakładów koniecznych do realizacji zamówienia; Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że stawka godzinowa obejmuje jedynie koszt robocizny bezpośredniej, natomiast 10% wskaźnik [określony jako koszty - pośrednie + zysk] nie pokrywa faktycznych kosztów osobowych na stanowiskach pracy. Stawka 10 zł wskazana przez Odwołującego pokrywa wszystkie godzinowe koszty związane z wynagrodzeniem pracownika. Wynikające z niej wynagrodzenie miesięczne [ $10 \text{ zł/godz.} / 1,178 * 168 \text{ godz.} = 1.426 \text{ zł.}$ ] jest powyżej najniższego wynagrodzenia, co świadczy, że tego czynnika nie można uznać za rażąco niski, jest to czynnik realny na obecnym rynku pracy w budownictwie. Żądania płacowe pracowników dostosowane są do obecnej sytuacji. Pozostałe koszty związane z pracownikami, takie jak ubrania robocze i ochronne, środki BHP zawarte są standardowo w kosztach pośrednich i stanowią ich minimalną część, bowiem wynoszą kilkanaście złotych miesięcznie na pracownika.;

- Zamawiający zarzucił Odwołującemu nieuwzględnienie w zestawieniu nakładów kosztów pracy sprzętu, niezbędnych do wykonania robót następujących jednostek sprzętowych: dźwigu samojezdnego, spycharki, ładowarki, zgrzewarki do rur PE, podczas gdy przedstawiona kalkulacja uwzględnia wszystkie jednostki sprzętowe, które Odwołujący planuje wykorzystywać na budowie do wszystkich niezbędnych funkcji. Uwzględniono dwie koparki, mimo tego, że średniomiesięczna planowana ilość brygad wynosi 1,6, ponieważ koparki te będą spełniały rolę dźwigu samojezdnego i m.in. ustawiały studnie, a jedna z nich [koparko-ładowarka CASH] będzie spełniała rolę spycharki i ładowarki do m.in. zasypywania wykopów. Odwołujący będzie używał zgrzewarki do rur, która jest już całkowicie amortyzowana i posiada aktualną kalibrację, a kwota za paliwo niezbędne do jej pracy zawarta jest w kosztach pośrednich, w pozycji „paliwo do

drobnych maszyn i urządzeń”. Dziwi zatem fakt, że Zamawiający otrzymując szczegółową kalkulację, w dalszym ciągu stawia zarzut nieuwzględnienia niezbędnych jednostek sprzętowych.

- Zamawiający próbuje głośno sugerować również, że przyjęta do kalkulacji ilość samochodów samowyladowczych w ilości jeden samochód dla jednej koparki, jest niewystarczająca. Samochodów ciężarowych Odwołujący wykazał 3 szt. w tym jeden skrzyniowy, ale również z możliwością wyladunku. Tym samym średnio 1,87 samochodu będzie przypadało na jedną koparkę, co z doświadczeń Odwołującego jest optymalnym pod względem organizacyjno-ekonomicznym zespołem. Czas montażu rurociągu trwa dłużej niż wykonanie wykopu. Koparka nie ładuje non stop ziemi z wykopu, tym samym zaplanowana przez Odwołującego ilość sprzętu, jest w pełni wystarczająca i sprawdzona w wielu realizacjach. 21-letnia działalność potwierdza skuteczność i efektywność takiej organizacji pracy. Obecnie Odwołujący jest głównym podwykonawcą w zakresie sieci sanitarnych na terenie największej inwestycji w kraju w segmencie gospodarki wodno-ściekowej na Oczyszczalni Ścieków Czajka, zatem twierdzenia Zamawiającego, że przyjęta przez Odwołującego kalkulacja ilości samochodów przeczy deklarowanemu doświadczeniu, zdecydowanie są nietrafne.

- zarzut, że zestawienie materiałowe nie uwzględnia kosztów materiałów pomocniczych, w wielkości 1-3 % wartości materiałów podstawowych, pozostaje w sprzeczności z przedstawionymi przez Odwołującego kalkulacjami; materiały pomocnicze niezbędne do realizacji zamówienia zawarte są w zestawieniu Odwołującego w cenach materiałów podstawowych. Ponadto zgodnie z obecnymi standardami podane ceny są loco budowa.

Także ocena Zamawiającego, że Odwołujący w kalkulacji pominął koszty ubezpieczenia i gwarancji, wykonania i utrzymania zaplecza budowy, nadzoru archeologicznego i wynagrodzenia inspektora urzędu zieleni oraz robót tymczasowych, również pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem faktycznym; koszty te standardowo ujęte są w kosztach pośrednich.

- Odwołujący wskazał, że podana przez Zamawiającego ilość roboczogodzin jest zadziwiająco wysoka. Wyliczona przez Odwołującego ilość roboczogodzin: 23.552, mająca wpływ na cenę, wynikała z założenia, że jedna czteroosobowa brygada wykona miesięcznie 250 m kanału, co nie jest wcale tak dużą wydajnością, przy średniej głębokości wykopu 2,25 m i średniej średnicy fi 137. Zamawiający narzucił 27 miesięczny okres realizacji, należy więc założyć, że cztery miesiące [dwie zimy] będą wyłączone z realizacji, tym samym prace będą trwały 23 miesiące. Stąd średniomiesięcznie wypada 1,6 pracującej brygady. Z podanej przez Zamawiającego ilości roboczogodzin [142.004] wynika, że wydajność na jedną brygadę byłaby sześć razy mniejsza

[ $142.004/23.552=6$  ], to jest około 42 m kanału na miesiąc do wykonania na jedną brygadę. Z długoletniego doświadczenia Odwołującego wynika, że taką wydajność można przyjmować przy dużych głębokościach posadowienia rurociągów tzn. powyżej 4,5 m i dużo większej średnicy [co najmniej fi 1700]. Zamawiający powinien być usatysfakcjonowany, że będzie miał wykonawcę, który szybko i sprawnie wykona roboty. Gdyby Odwołujący wykonywał pracę sześć razy wolniej - według założeń Zamawiającego, koszty społeczne, m.in. niezadowolenia mieszkańców, zwiększone niebezpieczeństwo w ruchu drogowym, byłyby ogromne: zamiast dwóch frontów robót, byłoby w mieście 12 frontów robót przez 23 m-ce non stop.

- Także koszty zajęcia pasa drogowego w kwocie 80.012,00 PLN, które kwestionuje Zamawiający, zostały skalkulowane przy założeniu wydajności 250 m na miesiąc na jedną brygadę. Jeśli Zamawiający przyjmuje sześciokrotnie mniejszą wydajność, to znajduje to uzasadnienie we wskazywanej przez niego kwocie 390.000,00 PLN, ale nie znajduje uzasadnienia przy sprawnym prowadzeniu robót i przy silnej konkurencji cenowej innych przedsiębiorstw.

- Koszty pośrednie i zysk na poziomie 10% w obecnych trudnych czasach kryzysu jest niewysokim, aczkolwiek realnym poziomem. Odwołujący stara się go utrzymać przede wszystkim poprzez jak najbardziej sprawną realizację zadań. Koszty takie wynikają z benchmarkingu w grupie kapitałowej VINCI, w skład której wchodzi Odwołujący, która jest jedną z największych w branży budowlanej; są budżetowane i zatwierdzone przez Komitet Ryzyka VINCI, co pozwala Odwołującemu na bieżąco monitorować koszty i utrzymywać je na zaplanowanym poziomie.

- uzasadnienie przedstawione w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, tym samym odrzucającym ofertę Odwołującego, nie zawiera wystarczającego wyjaśnienia. W szczególności zgodnie z nim, pewne elementy oferty budzą wątpliwości Zamawiającego, gdy odniesie się je do wartości wskazanych w kosztorysie. Jednak nigdzie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie znajduje się wymóg, że poszczególne elementy oferty wykonawców muszą być zgodne z wartościami przyjętymi przez Zamawiającego. Jedyne ogólna wartość oferty jest brana pod uwagę i tylko ta wartość jest kryterium oceny, a nie poszczególne fragmenty oferty.

Powyższe okoliczności potwierdzają, że zarówno przedstawiony przez Odwołującego w ofercie Załącznik nr 9 - stanowiący kosztorys ofertowy, jak i kalkulacje szczegółowe dotyczące kosztów pracy, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy urządzeń i sprzętu, załączone do składanych przez Odwołującego wyjaśnień, potwierdzają prawidłową, wiarygodną i realną cenę zaoferowaną przez Odwołującego. Wyjaśnienia Odwołującego były bardzo wyczerpujące i odnosiły się do elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie

ceny — zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Wyjaśnienie wskazywało podstawowe elementy cenotwórcze, jak koszt pracowników, zaangażowanie odpowiedniego sprzętu oraz marżę wykonawcy. Zauważyć należy, że Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie wskazując na konkretne zarzuty i pozycje. Zamawiający nie sprecyzował jakie czynniki powinni wyjaśnić Oferenci, pozostawiając im wolną rękę.

- Działając od szeregu lat na rynku budowlanym, Odwołujący wypracował sobie współpracę z gronem sprawdzonych podwykonawców i dostawców, na etapie przygotowania oferty ustalono ceny z podwykonawcami oraz dostawcami, powodując tym samym, że cena Odwołującego jest składową cen kontrahentów i Odwołującego. Odwołujący składając wyjaśnienia, załączając szczegółowe kalkulacje, jednoznacznie wykazał „oszczędność metody wykonania” w stosunku do tego co zaplanował Zamawiający, który nie jest przecież profesjonalnym podmiotem trudniącym się wykonywaniem robót objętych przedmiotem zamówienia.

- argument Zamawiającego, który rzekomo ma potwierdzać, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska, wskazuje, że oferta Odwołującego jest na poziomie 43% wartości przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej, może być cena Zamawiającego, jeśli ona jest zgodna z ceną rynkową. Po wynikach przetargu widać, że taką nie jest, skoro wszystkie ceny ofertowe są poniżej tej wartości. Nakłady na których opiera się Zamawiający [Katalog Nakładów Rzeczowych, Katalogowe Normy Nakładów Rzeczowych] są jedynie jedną z propozycji, funkcjonującą bez stosownej aktualizacji od wielu lat, tym samym niejednokrotnie nieadekwatną do obecnych realiów. Sam fakt, że Zamawiający odrzucił nie tylko ofertę Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, dowodzi braku zgody i akceptacji Zamawiającego dla mechanizmów rynkowych w wolnej gospodarce. Mniemanie Zamawiającego o cenach i organizacji robót na budowie odbiega od obecnej rynkowej sytuacji. Ocena Zamawiającego, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest nierealna, jest oceną subiektywną, niepopartą cenami i realiami rynkowymi oraz nieuzasadnioną. Oferta odwołującego jest wypadkową z przyjętych założeń techniczno-organizacyjnych i pozycji negocjacyjnej na rynku, czego Zamawiający nie uwzględnił, zarówno przy wezwaniu Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, jak i przy ich ocenie.

- Choć brak w przepisach definicji pojęcia „rażąco niska cena”, to doktryna i orzecznictwo posługują się w miarę jednolitą interpretacją tego pojęcia, iż jest to cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji



zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku [zob. wyrok KIO z dnia 7 września 2010 r. KIO/UZP 1803/10]. Podobnie w doktrynie wskazuje się: *z wykładni językowej pojęcia wynika, że chodzi tu o przypadki dające się łatwo stwierdzić [...] w stosunku do cen rynkowych a także do wartości zamówienia [...]. Możliwe jest też zastosowanie metody odniesienia w stosunku do innych podobnych przedmiotów, w tym także cen innych ofert złożonych w danym postępowaniu* [S. Babiarsz. Komentarz do UPZP, Warszawa 2010, Wydanie 1]. W powyższym komentarzu wskazano również, że do uznania za rażąco niską cenę nie wystarczy przyjęcie, że część oferty zawiera ceny nieuzasadnione, tak jak to uczynił Zamawiający.

- Przyjęcie przez Zamawiającego określonych wartości procentowych jako uzasadnienia odrzucenia oferty również jest bezpodstawne oraz sprzeczne z utartą linią orzeczniczą KIO. Dla uznania że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość [np. 20%, 30%, czy 60%] od wartości zamówienia. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę [wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. KIO/UZP 1511/08]. Sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu, np. poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego [wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. KIO/UZP 1511/08]. Podobnie w wyroku KIO z dnia 5 listopada 2008 r. KIO/UZP 1137/08 uznano, że dla oceny czy dana cena jest rażąco niska należy uwzględnić całokształt okoliczności występujących w sprawie, w tym specyfiki rynku którego dotyczy realizowane zamówienie [charakteryzującego się np. zmianami cen, agresywną polityką ceną przedsiębiorców działających w danym segmencie rynku]. Zaś zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 21 lipca 2008 r. KIO/UZP 691/08, odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające. Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju usług, dostaw czy robót budowlanych, jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należyłą starannością [por. wyrok KIO z dnia 16 lipca 2008 r. KIO/UZP 671 /08].

- W obecnej sytuacji rynkowej mamy do czynienia ze spadkiem wartości zamówień na roboty budowlane, spadkiem cen towarów i usług, co jest bezpośrednim efektem międzynarodowego

kryzysu finansowego i kryzysu finansów publicznych. Wyższa konkurencja, mniej zleceń, powoduje z kolei spadek wartości zamówień, spadek cen usług i towarów, czego efektem jest możliwość zaoferowania cen poniżej szacunków zamawiających. Odwołujący realizuje obecnie inne zamówienia o charakterze podobnym, gdzie zastosowane zostały podobne stawki i podobne założenia przy sporządzaniu ofert oraz, co najważniejsze, gdzie zamówienia zostały udzielone po złożeniu przez Odwołującego dokładnie takich samych wyjaśnień jak w niniejszym postępowaniu.

Nieprawidłowa ocena oferty oraz brak uznania wyjaśnień założonych przez Odwołującego, powoduje rażące naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skutkiem błędnej oceny dokonanej przez Zamawiającego było niezasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego oraz zastosowanie kryterium oceny ofert w sposób niezgodny z SIWZ, tj. wybór oferty firmy Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, a tym samym brak wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, mimo faktu, że oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę, co z kolei doprowadziło do rażącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 oraz 91 ust. 1 powoływanej ustawy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania wnosząc o jego oddalenie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy

Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania [zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych] czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, uznano że w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które – w myśl regulacji art. 192 ust. 2 ustawy, miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

Zamawiający dokonał samodzielnej wyceny wartości zamówienia, ustalając ją na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 16.633.892,54 zł netto, to jest 4.332.871,20 euro [protokół postępowania – cz. 2 Przedmiot zamówienia].

W przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 6 ofert z następującymi cenami:

- Odwołujący – 8.006.088,73 zł;
- Konsorcjum firm: Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. w Lublinie i Jan Pastwa Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych w Lublinie – 10.150.648,85 zł;
- PRI POL AQUA SA w Piasecznie – 10.719.309,01 zł;
- Mota – Engil Central Europe SA w Krakowie – 14.451.978,76 zł;
- SKANSKA SA w Warszawie – 14.729.774,55 zł;
- Konsorcjum Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. w Lublinie i Edmund Baraniecki PUH EDBAR w Lublinie – 15.983.000,51 zł.

Zamawiający po analizie złożonych ofert wezwał trzech wykonawców: Odwołującego a także PRI POL AQUA SA w Piasecznie oraz konsorcjum Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. w Lublinie i Jan Pastwa, Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych [pisma Zamawiającego do wymienionych wykonawców z dnia 10 lutego 2011 r.].

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach [pismo Odwołującego z dnia 21 lutego 2011 r.], podał następujące okoliczności mające wpływ na wysokość ceny: wiarygodność finansowa oraz duże przeroby ułatwiające wynegocjowanie dużych upustów w cenach materiałów; uwzględnione ceny materiałów nie odbiegają od ogólnie obowiązujących na rynku; dobra organizacja robót

wynikająca z długoletniego doświadczenia determinuje koszty pracy, które mimo wszystko oparte są o stawkę godzinową nie odbiegającą od stawek ogólnie przyjętych; koszty pracy sprzętu zostały wyliczone w sposób prawidłowy, uwzględniający ilość godzin i stawkę godzinową. Odwołujący załączył tabelę zawierającą koszty robocizny w zakresie robót sieciowych [załącznik nr 4 do wyjaśnień z dnia 21 lutego 2011 r.] wskazujące na kwotę netto 259.072 zł z tytułu kosztów pracy 1,6 brygad przez 460 dni po 8 godzin dziennie ze stawką godzinową dla jednego pracownika 10 zł, uwzględniając w tej kwocie 10 % narzut w postaci kosztów pośrednich oraz zysku [23.552 zł]. Odwołujący zawarł także kalkulację kosztów pracy sprzętu do robót sieciowych [załącznik nr 5 do wyjaśnień z 21 lutego 2011r.], obejmującą koszty dwóch koparek 0,6 m<sup>2</sup>, dwóch samochodów samowyladowczych, samochodu skrzyniowego, dwóch zagęszczarek płytowych oraz dwóch ubijaków spalinowych – na łączną kwotę netto 1.821.600,00 zł, w tym w kwocie tej uwzględniono 10 % narzut kosztów pośrednich i zysku [165.600 zł]. W kalkulacji zakupu materiałów [załącznik nr 6 do wyjaśnień z 21 lutego 2011 r.] uwzględniono koszty związane z zastosowaniem materiałów do wykonywania zamówienia na łączną kwotę netto 1.130.969,43 zł, w której mieści się 5 % narzut kosztów pośrednich i zysku wykonawcy [53.855,69 zł]. Odwołujący zamieścił także kalkulację pozostałych kosztów [załącznik nr 7 do wyjaśnień z 21 lutego 2011 r.], obejmującą roboty drogowe [1.994.348 zł netto]; zajęcie pasa drogowego [80.012 zł netto]; próbki zagęszczenia terenu [30.6156 zł netto]; obsługa geodezyjna [67.629 zł netto]; przewiert [643.677 zł netto]; dokumentacja powykonawcza oraz organizacja ruchu [29.223 zł netto]; roboty demontażowe [45.232 zł netto]; wypełnienie pianobetonem [161.643 zł netto]; roboty elektryczne [7.716 zł netto] oraz pozostałe koszty: próby, dezynfekcje, płukania, próby bakteryjne [80.260 zł netto] – na łączną kwotę 3.297.373,80 zł netto, w czym mieszczą się dodatkowo koszty pośrednie oraz zysk na poziomie 5 % [157.017,80 zł netto].

Przechodząc do analizy zarzutów podniesionych w odwołaniu, dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący kwestionuje odrzucenie Jego oferty z powodu uznania złożonych wyjaśnień za potwierdzające rażąco niską cenę, podając zarazem, że niezasadne było wezwanie do wyjaśnień.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie wskazuje ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie [tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05]. Nie można także, co

przeczyłoby zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu [tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/8 - „Fratelli Constanzo”]. Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania ceny w kategorii rażąco niskiej w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia. Wielokrotnie także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowe wskazywało, że: *„ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”* [Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12.06.2008r., sygn. akt: X Ga 140/08], jak i KIO [wyrok KIO z dnia 13 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09], że: *„Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość [vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05] oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego [wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 [„Transporoute”] i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 [„Fratelli Costanzo”].* Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej [wyrok KIO z dnia 24 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09]. Nie wolno bowiem zapominać, że: *„zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie”* [wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08].

W tym kontekście nie odmówiono trafności argumentacji Odwołującego, w części, w której Odwołujący podnosił niewłaściwe wnioskowanie o rażąco niskiej cenie na podstawie jedynie procentowej relacji ceny oferty do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego.

Rażąco niską ceną będzie taka cena, która nie gwarantuje, przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane należycie i w sposób założony przez Zamawiającego, zaś przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym ale przyniesie także pewien zysk wykonawcy.

Analiza cen zawartych w ofertach wykonawców, w kontekście przytoczonych wyżej sugestii i wytycznych orzecznictwa przemawiała za uznaniem, że Zamawiający zasadnie powziął wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny w ofercie Odwołującego i zasadnie wyraził je wzywając do wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odniesieniu do oferty Odwołującego, rozpiętość cen w złożonych w postępowaniu ofertach oraz okoliczność, że cena tego wykonawcy istotnie odbiega od średniej cen zaoferowanych w postępowaniu nakazywała zastosowanie regulacji zawartej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż samo tylko porównanie zaoferowanej ceny z wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego nie może być wyłącznym powodem powzięcia wątpliwości co do tego, czy cenę w konkretnym układzie faktycznym skalkulowano w sposób prawidłowy i uwzględniający wszystkie koszty i nakłady związane z realizacją zamówienia. Powyższe należy odnosić także do cen rynkowych za wykonanie zamówienia, których wyrazem mogą być w szczególności ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu. W stanie faktycznym analizowanej sprawy, wartość zamówienia ustalona została przez Zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego [vide: Protokół postępowania o zamówienie, cz. 2 *Przedmiot zamówienia*]. Kosztorys inwestorski to dokument określający szacunkową wartość przedmiotu zamówienia na podstawie cen rynkowych takiego samego lub podobnego składnika lub z wykorzystaniem publikowanych przez GUS lub inne podmioty dostępnych wskaźników cen produkcji budowlano – montażowej, stanowiący podstawę do ustalenia potrzebnych środków na wykonanie zamówienia. Stanowi on zatem pewien, względnie miarodajny wyznacznik wartości prac, materiałów, sprzętu opracowany z uwzględnieniem statystycznie funkcjonujących cen oraz ilości zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, na podstawie kosztorysowych norm nakładów rzeczowych [KNNR] i katalogów nakładów rzeczowych [KNR], który jednak może odbiegać od cen rynkowych, choćby z uwagi na

przyjęcie uśrednionych i założonych z uwzględnieniem tzw. ostrożnej wyceny wartości wyjściowych. Niezależnie od tego wskazane w kosztorysie inwestorskim ilości nakładów można traktować w pewnej mierze za miarodajne do przyjęcia przez wykonawców ilości odpowiednich nakładów do wykonania zamówienia, a to z uwagi na fakt, że w powyższym zakresie kosztorys inwestorski stanowi odzwierciedlenie przedmiotu zamówienia – jego zakresu oraz niezbędnych do jego realizacji jednostek sprzętu, materiałów czy pracy. Podkreślenia jednak wymaga, że wątpliwości Zamawiającego zasadnie winny mieć źródło także w analizie porównawczej złożonych w postępowaniu ofert, co na gruncie przedmiotowej sprawy ma miejsce: oferta Odwołującego jest znacząco tańszą od pozostałych. Powyższe czyniło zasadnym wniosek, iż Zamawiający właściwie zastosował regulację przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Warto także zwrócić uwagę, że Odwołujący nie kwestionował tego wezwania w ramach środków ochrony prawnej, nie składał odwołania od czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień. Na obecnym etapie postępowania, zarzut wskazujący na bezpodstawność wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za spóźniony – mógł on być podnoszony jedynie w ciągu 10 dni od czynności wezwania z dnia 10 lutego 2011 r. [art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych].

Zauważyć w tym miejscu należy, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Jednakże, z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powyższe domniemanie zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy.

Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają – w myśl art. 90 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych - ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. *Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej* [tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06].

Poddając analizie dokonaną przez Zamawiającego ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego uznano, że znajdowała ona potwierdzenie w treści wyjaśnień Odwołującego.

Odwołujący podał, w części stanowiącej szczegółową kalkulację w podziale na koszty robocizny, koszty sprzętu, koszty materiałów oraz koszty pośrednie [koszty ogólnego zarządu], wartości wszystkich czynników składających się na cenę za wykonanie zamówienia. Wartość tych czynników, wymienionych w wyjaśnieniach [suma ujętych w tych wyjaśnieniach kosztów] w pełni pokrywa cenę za wykonanie zamówienia [8.006.088,73 zł], nie jest zatem zasadnym wnioskowanie, by Odwołujący wymienił i wycenił jedynie zasadnicze elementy kosztotwórcze, pomijając niektóre z nich. Ocenie podlegać musiały zatem wartości wskazane przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 21 lutego 2011 r. i Zamawiający był związany podanymi kategoriami kosztów i nakładów oraz przypisanymi do nich wartościami.

I tak, ocenę Zamawiającego w zakresie podanych w wyjaśnieniach kosztów robocizny za okres trwania zamówienia [przyjęty w kalkulacji na 460 dni pracy] wycenionych na kwotę 259.000 zł netto uznano za poprawną i znajdującą umocowanie w treści złożonych wyjaśnień: z jednej bowiem strony Odwołujący powołał się na wyjątkową wydajność pracowników, którzy mają wykonywać prace związane z wykonaniem zamówienia. Z drugiej zaś - do wykonywania zamówienia Odwołujący dedykował zespół relatywnie niewykwalifikowanych pracowników z pensją oscylującą w granicach najniższego wynagrodzenia [1.426 zł miesięcznie, przy najniższym wynagrodzeniu za pracę równym 1.386 zł]. Zgodnie z treścią złożonych wyjaśnień, Odwołujący deklaruje zatrudnienie średnio 1,6 brygady, każda składająca się z 4 pracowników, co daje średnio 6,4 pracownika miesięcznie. Przyjęto w kalkulacji założenie, że pracownicy będą pracować 460 dni [23 miesiące – po uwzględnieniu zastrzeżenia, że w ramach 27 miesięcznego kontraktu 4 miesiące będą wyłączone z pracy z powodu zimy - po 20 dni roboczych = 460 dni, czyli w miesiącu 20 dni po 8 godzin]. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na niespójność założeń przyjętych w kalkulacji kosztów robocizny, gdzie uwzględniono nominalny 27 miesięczny czas



wykonywania zamówienia, faktycznie zaś ma to być, po odjęciu czterech miesięcy zim 23 miesiące faktycznej realizacji prac, podczas gdy w ofercie [formularz oferty, pkt 4.4] wskazano 40 miesięczny od podpisania umowy [max 40 miesięcy] termin wykonania zamówienia. Podzielono ocenę Zamawiającego wyrażoną w tej mierze, iż wskazana na wynagrodzenia pracownicze łączna kwota 235.520 zł [lub nawet z uwzględnieniem kosztów pośrednich i narzutów oraz zysku - 259.000 zł] za okres trwania całego kontraktu [uwzględnione w kalkulacji 27 miesięcy] nie daje gwarancji prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia. Po pierwsze – wynagrodzenie zasadnicze na poziomie najniższego wynagrodzenia lub nawet w wysokości wskazywanej przez Odwołującego, to jest w kwocie 1.426 zł nie daje gwarancji zapewnienia ujęcia w analizowanej kalkulacji innych elementów związanych z zatrudnieniem pracowników, składających się na koszty pracodawcy, jak premie regulaminowe, płace dodatkowe [dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe], płace uzupełniające [wynagrodzenia za urlopy, inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe], obligatoryjne obciążenia plac, odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych a także wydatki związane ze spełnieniem zasad BHP [obligatoryjne wyposażenie pracowników budowlanych]. Nie wydaje się zasadnym twierdzenie Odwołującego, iż część tego rodzaju wydatków mieści się w kosztach pośrednich – w części „Kalkulacja kosztów pracy robót sieciowych” stanowią one kwotę 23.552 zł na cały okres trwania kontraktu, obejmując dodatkowo zysk wykonawcy, co czyni zasadnym wniosek, iż kwota na wynagrodzenia pracowników robót sieciowych jest zaniżona i nie gwarantuje pewnej i niezakłóconej realizacji za mówienia. Zwrócić także warto uwagę na okoliczności ustalone na rozprawie: Osoba nadzorująca brygadę – brygadzysta, została uwzględniona w ramach 4-osobowego składu brygady, z takim samym wynagrodzeniem jak pozostali pracownicy. Ponadto zakres przedmiotu zamówienia wynikający ze Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót determinuje zaangażowanie odpowiednich zasobów, w tym właściwą ilość osób: na rozprawie Zamawiający wykazywał, że trzeba zbudować 113 studni o głębokości od 2 do 6 m w ciągu 460 dni, co statystycznie daje co około 4 – 5 dni zbudowanie jednej studni; dodatkowo trzeba wykonać około 200 wykopów przy budynkach, podsypkę pod 9 km rurociągu, trzeba wykonać wykopy. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia opracowana dla przedmiotowego postępowania w sposób szczegółowy opisuje przedmiot zamówienia (pkt. 1.3 specyfikacji a także Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych), wskazując, że składa się na niego wiele czynności różnego rodzaju: wykonanie wykopów montażowych z umocnieniem pod węzły i przyłącza z rozbiórką nawierzchni pasa drogowego,

wykonanie przewodów rozdzielczych sieci wodociągowej rur PE, montaż elementów sieci wodociągowej, montaż studni zasuw, przeprowadzenie próby szczelności i dezynfekcji przewodów, zasypanie wykopów, przywrócenie terenu w pasie robót do stanu poprzedniego wraz z odbudową nawierzchni pasa drogowego w miejscu wykopów montażowych – w odniesieniu do siedemnastu ulic, w tym co do jedenastu ulic dodatkowo w grę wchodzi przebudowa sieci kanalizacyjnej, na która się składają czynności: wykonanie wykopów z umocnieniem pod kanał sanitarny i przyłącza kanalizacyjne z rozbiórką nawierzchni pasa drogowego, wykonanie studni kanalizacyjnych, wykonanie kanału sanitarnego z rur kamionkowych i PVC, wykonanie przyłączy kanalizacyjnych z rur kamionkowych oraz połączeń przyłączy kanalizacyjnych z instalacją wewnętrzną budynków, włączenie przyłączy kanalizacyjnych do kanału sanitarnego, przeprowadzenie próby szczelności, zasypanie wykopów, przywrócenie terenu w pasie robót do stanu poprzedniego wraz z odbudową nawierzchni pasa drogowego. Wskazuje się także, na ewentualną konieczność wykonania prac nieprzewidzianych a wynikających z potrzeby przebudowy urządzeń kolidujących, w tym na obowiązek poniesienia przez wykonawcę kosztów nadzorów urządzeń w trakcie ich przebudowy na rzecz właścicieli [administratorów], a także kosztów związanych z naprawą i skutkami uszkodzenia sieci lub instalacji w trakcie prac. Zakres robót opisany w specyfikacji wskazuje, iż zasadnym jest wniosek Zamawiającego co do niedoszacowania kwoty na wynagrodzenia pracownicze w tej części i to zarówno z uwagi na niską wartość roboczogodziny jak i niedoszacowaną ilość owych roboczogodzin.

Zamawiający trafnie argumentował, iż elementy pracochłonności związanej z wykonywaniem zamówienia zawarte są w ramach odpowiednich pozycji sporządzonego przez niego kosztorysu inwestorskiego [na podstawie wielkości ustalonych w Katalogach Nakładów Rzeczowych - KNR oraz Katalogowych Normach Nakładów Rzeczowych - KNNR], gdzie ustalono ilość roboczogodzin na 142.004 roboczogodziny. Odwołujący natomiast w ramach tego samego zakresu przyjął 23.552 roboczogodziny. Wskazana, jaskrawa rozbieżność pomiędzy szacunkiem Zamawiającego a liczbą roboczogodzin skalkulowaną przez Odwołującego wskazuje, że albo Odwołujący znacząco zaniżył ilość roboczogodzin niezbędną na wykonanie przedmiotowego zamówienia albo przyjął całkowicie odmienną, bardzo efektywną technologię wykonania, znacząco redukującą udział czynnika ludzkiego w wykonaniu podstawowych prac budowlanych. Powyższe wymagałoby jednak wykazania w ramach wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – zastosowania wyjątkowo oszczędnej metody wykonania czy szczególnie efektywnych rozwiązań technicznych,

nietypowych dla tego rodzaju procesu budowlanego, czego jednak Odwołujący nie uczynił. Nie wyczerpuje tego bowiem twierdzenie o wyjątkowej wydajności pracowników; nadto argumentacja zaprezentowana przez Odwołującego na rozprawie wskazuje na zastosowanie tradycyjnych, charakterystycznych dla tego rodzaju prac technologii. Nie wyjaśnia tego zastosowanie sprzętu do wykonania zamówienia: zasadniczą część zamówienia stanowią bowiem prace wymagające zaangażowania czynnika ludzkiego. Nie wykazano zatem okoliczności, które by wyjaśniały tak znaczące, kilkukrotnie niższe oszacowanie kosztów robocizny [w tym ilości roboczogodzin]. Nawet jeśli w ramach kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego zostały one z ostrożności, w ramach zasady twz. ostrożnej wyceny w pewnym stopniu zawyżone, to nie sposób wytłumaczyć tak znaczącej różnicy ilości roboczogodzin przyjętej przez Zamawiającego w ramach oszacowania kosztów i zakresu tego zamówienia w stosunku do wskazanej przez Odwołującego [sześciokrotnie niższej]. Jak wskazywano wyżej, wynikające z kosztorysu inwestorskiego ilości nakładów można traktować za miarodajne do przyjęcia przez wykonawców ilości odpowiednich nakładów do wykonania zamówienia, jako że w powyższym zakresie kosztorys inwestorski stanowi odzwierciedlenie przedmiotu zamówienia – jego szczegółowego zakresu a także niezbędnych do jego realizacji jednostek sprzętu, materiałów czy pracy. W tym zakresie – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie sposób odmówić Zamawiającemu odpowiedniej znajomości przedmiotu objętego zakresem zamówienia, w tym czynności i nakładów niezbędnych do zaangażowania w celu wykonania zamówienia: Zamawiający jest jednostką powołaną do realizacji tego rodzaju inwestycji, wykonuje je i przeprowadza w sposób ciągły, zorganizowany, w dłuższej perspektywie czasu; jak wynika z ustaleń dokonanych na rozprawie, niekwestionowanych przez Odwołującego, Zamawiający prowadzi od wielu lat wielkie inwestycje z zakresu objętego tym postępowaniem, są to postępowania o wartości 40 mln zł rocznie. W tej mierze podzielono stanowisko Zamawiającego, uznając – co do zasady – że oszacowane przez Zamawiającego ilości nakładów, a ujęte w kosztorysie inwestorskim stanowią odzwierciedlenie zakresu robót opisanego w pozostałych dokumentach składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia w części opisującej szczegółowy przedmiot zamówienia są zbliżone do tych, jakie należy zaangażować dla wykonania przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, jak wynika z oferty Odwołującego, w wykonanie robót budowlanych zaangażowane będzie kilka osób o wysokich kwalifikacjach:

- ekspert 1: Przedstawiciel wykonawcy [Kierownik Kontraktu], które to stanowisko ma zajmować osoba z wykształceniem wyższym technicznym, posiadająca uprawnienia w

specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń z ponad dwudziestoletnim doświadczeniem na stanowiskach Kierownika Projektu lub Przedstawiciela Wykonawcy – która to osoba została udostępniona przez podmiot trzeci na podstawie pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy osób zdolnych do wykonania zamówienia [załącznik 3 do oferty *Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia*, załącznik nr 3a *Pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy osób zdolnych do wykonania zamówienia*];

- ekspert 2: Kierownik Budowy, które to stanowisko ma zajmować osoba z wykształceniem wyższym technicznym, posiadająca uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych z dwudziestoletnim doświadczeniem na stanowisku Dyrektora Produkcji, będąca pracownikiem Odwołującego [załącznik 3 do oferty *Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia*];

- ekspert 3: Kierownik Robót Sanitarnych, które to stanowisko ma zajmować osoba z wykształceniem wyższym technicznym, posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi i bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych z ponad pięcioletnim doświadczeniem na stanowisku Kierownika Budowy, udostępniona przez podmiot trzeci na podstawie pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy osób zdolnych do wykonania zamówienia [załącznik 3 do oferty *Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia*, załącznik nr 3a *Pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy osób zdolnych do wykonania zamówienia*];

Ekspert 4: Kierownik Robót Drogowych, które to stanowisko ma zajmować osoba z wykształceniem wyższym technicznym, posiadająca uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – inżynierskiej w zakresie dróg bez ograniczeń, z ponad pięcioletnim doświadczeniem na stanowisku Kierownika Budowy, udostępniona przez podmiot trzeci na podstawie udostępniona przez podmiot trzeci na podstawie pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy osób zdolnych do wykonania zamówienia [załącznik 3 do oferty *Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia*, załącznik nr 3a *Pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy osób zdolnych do wykonania zamówienia*].

Wymienione osoby stanowią kluczowy personel, wymagany do realizacji zamówienia jako warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił bowiem wymaganie, by każdy z wykonawców legitymował się posiadaniem co najmniej czterech osób o podanych kwalifikacjach [pkt 9.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia], przy czym ten *skład zespołu ekspertów stanowi minimalne wymaganie, które nie wyczerpuje całości personelu niezbędnego do rzetelnego wypełnienia zobowiązań wykonawcy* [pkt 9.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części końcowej]. Udział osób o wymaganych kwalifikacjach stanowi czynnik determinujący prawidłowe wykonanie zamówienia, stąd mają one być stale zaangażowane w proces wykonywania zamówienia [składających się na nie robót drogowych, robót sanitarnych] w roli kierowników odpowiednich robót, Kierownika Budowy czy wreszcie Przedstawiciela Wykonawcy. Stawiane są wobec nich wysokie wymagania w zakresie kwalifikacji [odpowiednich uprawnień budowlanych] a także doświadczenia zawodowego na wymaganych, kierowniczych stanowiskach. Trzy z tych osób stanowią zasób uzyskany przez Odwołującego od innych podmiotów na podstawie zawartych porozumień, zaś jedynie jedna [dedykowana na stanowisko Kierownika Budowy] jest pracownikiem Odwołującego. W powyższym zakresie Odwołujący wykazywał na rozprawie, iż Kierownik Budowy w ramach uczestnictwa w realizacji tego kontraktu ma otrzymywać wynagrodzenie 4.000 brutto miesięcznie przez cały okres wykonywania kontraktu, zaś na zespół pozostałych trzech osób uzyskanych na podstawie porozumień z innymi podmiotami przewidziana jest kwota 3.000 zł miesięcznie przez cały okres trwania kontraktu. Powyższe potwierdza zasadność oceny dokonanej przez Zamawiającego, iż cena oferty Odwołującego jest nierealistyczna: wynagrodzenia tych osób przemnożone przez liczbę miesięcy trwania zamówienia nie mieszczą się z pewnością w „Kalkulacji kosztów pracy robót sieciowych” [załącznik 1 do wyjaśnień], przekraczając w sposób oczywisty część obejmującą koszty pośrednie + zysk [23.552 zł], ponadto ich wysokość wskazano w symbolicznej wręcz – jeśli chodzi o Przedstawiciela Wykonawcy oraz Kierowników Robót Sanitarnych i Kierownika Robót Drogowych - wysokości. Trudno dopatrywać się tych kosztów w ostatniej części wyjaśnień - kalkulacji pozostałych kosztów [załącznik nr 7 do wyjaśnień z 21 lutego 2011r.], skoro nie zostały tam wyodrębnione.

Uznano także za poprawną ocenę Zamawiającego w stosunku do tej części wyjaśnień Odwołującego, która omawia koszty zajęcia pasa drogowego przyjęte przez Odwołującego w wysokości netto 80.012,00 zł.

Zgodnie z art. 19 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych [tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115 ze zm.], sprawy związane z planowaniem, budową, przebudową, remontem, utrzymaniem i ochroną dróg, należą do organów administracji rządowej lub jednostek samorządu terytorialnego, będących zarządcami dróg. Zarządcami dróg w zależności od ich kategorii są Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, zarząd województwa, zarząd powiatu, wójt [burmistrz, prezydent miasta], a w miastach na prawach powiatu zarządcą wszystkich dróg publicznych jest prezydent miasta. Zarządca dróg może wykonywać swoje obowiązki przy pomocy jednostki organizacyjnej będącej zarządem dróg a utworzonej odpowiednio przez sejmik województwa, radę powiatu lub gminy. Jeżeli taka jednostka nie zostanie utworzona, zadania zarządu drogi wykonuje zarządca [art. 21 cyt. wyżej ustawy]. Stosownie do postanowień art. 40 ust. 1 i 11 ustawy o drogach publicznych, zajęcie pasa drogowego wymaga zezwolenia zarządcy udzielonego w drodze decyzji administracyjnej, który też przy udzielaniu zezwolenia nalicza i pobiera w drodze decyzji administracyjnej opłaty za zajęcie pasa drogowego.

O ile koszty zajęcia tego pasa ustalone przez Zamawiającego na podstawie informacji uzyskanej od Kierownika Referatu ds. zajęcia pasa drogowego w Urzędzie Miejskim w Lublinie przy założeniu konieczności zamknięcia dla ruchu zajmowanych ulic wskazano na 390.000 zł w sposób warunkowy [*Tak wyliczona wartość związana z naliczeniem opłat za zajęcie pasa drogowego oscylowałaby w granicach 195 tysięcy złotych. Przy założeniu konieczności zamknięcia dla ruchu zajmowanych ulic powyższa kwota powinna zostać pomnożona przez 2. Naliczone opłaty można nieco zminimalizować poprzez wprowadzenie etapowania robót. Wymaga to jednakże dużej dyscypliny wykonawcy, który przechodząc do kolejnego etapu powinien uporządkować i zgłosić do odbioru poprzedni etap robót*] – uzależniony od dyscypliny wykonawcy oraz metodologii wykonywania prac, to rzeczą Odwołującego było wykazanie takiego rozwiązania, które przyczyniłoby się do tak znaczącego obniżenia wskazanych kosztów. Przyjęcie w kalkulacji relatywnie niskiej kwoty na ten cel, przy jednoczesnym względnie niskim zatrudnieniu pracowników czyni zasadnym wniosek, iż wskazany koszt przyjęto na nierealnym poziomie. Dostrzeżenia wymagało w tym miejscu, że wskazana informacja dotyczy przedmiotowej inwestycji, co wyraźnie wynika z jej treści, została udzielona przez osobę, która z ramienia Miasta Lublin zajmuje się sprawami związanymi z zajmowaniem pasów drogowych [jak wynika z opisu stanowiska – jest to Kierownik Referatu ds. zajęcia pasa drogowego], co pozwala uznać informacje na temat kosztów zajęcia pasa drogowego za miarodajne. Odwołujący nie kwestionował pochodzenia tej informacji jak i zdolności podpisanej osoby do formułowania tego

rodzaju twierdzeń, podejmując jedynie polemikę z kwotami zawartymi w informacji oraz powołując się na wydajność pracowników oraz brak konieczności zajmowania całego pasa i wyłączania dróg z ruchu.

Podzielono także – co do zasady – tezę Zamawiającego co do zastosowania różnych cen jednostkowych w ofercie Odwołującego. Uznano jednak, że zastosowanie dla takich samych robót realizowanych w porównywalnych warunkach bądź dla takich samych materiałów różnych cen jednostkowych w kosztorysie nie oznacza jeszcze nierealistycznej wyceny kosztów wykonania zamówienia, prowadzącej do uznania rażąco niskiej ceny. Istotnie, niektóre, wymienione przez Zamawiającego elementy sprzętu i materiałów wyceniono niżej niż w ofertach innych wykonawców oraz kosztorysie inwestorskim sporządzonym przez Zamawiającego. Dotyczy to hydrantów przeciwpożarowych podziemnych DN wraz z osprzętem, które Odwołujący wskazywał w złożonym kosztorysie trzykrotnie, za każdym razem wyceniając inaczej: 10,99 za komplet [poz. 15], 1.522,06 zł, [poz. 48] i 1.522,06 [poz.68]. W ofertach pozostałych wykonawców komplety hydrantów zostały wycenione znacząco wyżej, przy czym także zdarzało się zastosowanie mechanizmu niejednolitej ceny za ten sam przedmiot: w ofercie Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych Jan Pastwa hydranty przeciwpożarowe opisane w poz. 15, 48 i 68 kosztorysów wyceniono na kwotę 3.937, 98 zł za komplet; w ofercie Pol-Aqua w poz. 15, 48 i 68 – podano 4.355,06 zł za komplet, w ofercie MOTA-ENGIL w poz. 15, 48 i 68 wskazano cenę 6.163,53 zł za komplet, w ofercie SKANSKA SA podano ceny: w poz. 15 – 4.355,06 zł, poz. 48 – 4.331,22 zł, poz. 68 – 4.314,46 zł za komplet, w ofercie KPRD w Lublinie wskazano ceny w poz. 15 – 10.792, 49 zł, w poz. 48 – 10.792,46, w poz. 68 – 10.838,32 zł. Podobne różnice dostrzegł Zamawiający w cenach za inne materiały i roboty: Poz. 6, 39 „Zasuwa żeliwna kołnierзова z kółkiem ...”; Poz. 71, 81, 105, „Rozebranie i odbudowa chodnika ...”; „Rozebranie i odbudowa nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych...”. Na podstawie powyższych rozbieżności Zamawiający skonstatował, iż *biorąc pod uwagę, że asortyment robót pozostaje w każdym przypadku taki sam, tak duże rozbieżności w cenach jednostkowych świadczą o nierzetelności wyceny Odwołującego lub celowym zaniżaniu ceny wybranych materiałów lub robót.* Dostrzeżenia jednak wymaga, iż powyższą konkluzję Zamawiający wywiódł dopiero w odpowiedzi na odwołanie, zaś w samej decyzji o odrzuceniu oferty tego rodzaju argumentacja się nie pojawia. Nadto, wniosek Zamawiającego w tej mierze zdaje się być warunkowym i niekategorycznym, nie wskazuje wyraźnie na uznanie, iż w części dotyczącej kosztów materiałów uznano wyjaśnienia Odwołującego za niewiarygodne, a w konsekwencji – za

potwierdzające, iż cena w tej części została skalkulowana nieprawidłowo, co by potwierdzało uznanie ceny za rażąco niską. Oceniając zatem powyższą argumentację Zamawiającego [dokonaną przez Zamawiającego ocenę tej części wyjaśnień Odwołującego] uznano, iż Zamawiający nie kwestionował w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego kosztów materiałów skalkulowanych przez Odwołującego.

Podzielono argumentację Odwołującego, co do wskazywanych w decyzji o odrzuceniu oferty powodów uznania ceny za rażąco niską, to jest że przedstawione zestawienie nakładów kosztów pracy sprzętu nie zawiera niezbędnych do wykonania robót następujących jednostek sprzętowych: dźwigu samojezdnego, spycharki, ładowarki, zgrzewarki do rur PE; ponadto przyjęta do kalkulacji ilość samochodów samowyladowczych w ilości 1 samochód dla 1 koparki - przy specyfice robót prowadzonych w warunkach pełnej wymiany gruntu wykopów - jest niewystarczająca; zestawienie materiałów nie uwzględnia kosztów materiałów pomocniczych, w wielkości 1-3% wartości materiałów podstawowych; pominięte zostały (lub bardzo zaniżone) koszty: ubezpieczenia i gwarancji; wykonania i utrzymania zaplecza budowy; nadzoru archeologicznego i wynagrodzenia inspektora urzędnika zieleni; robót tymczasowych, w tym: oznakowania organizacji ruchu drogowego (objazdów, przejść dla pieszych) i utrzymania tego oznakowania. W ramach złożonych wyjaśnień, w załączniku nr 7 do wyjaśnień z 21 lutego 2011 r. tytułowanym Kalkulacja pozostałych kosztów, obejmujących łączną kwotę 3.297.373,80 zł netto, [w czym mieszczą się dodatkowo koszty pośrednie oraz zysk na poziomie 5 % - 157.017,80 zł netto] ujęto różnego rodzaju koszty, zatem trudno przyjąć z całą pewnością tezę, że poszczególne wydatki zostały pominięte przez wykonawcę. Nadto, nie wydaje się zasadnym automatyczne zakładanie – co uczynił Zamawiający - że zestawienie materiałów nie uwzględnia kosztów materiałów pomocniczych, w wielkości 1-3% wartości materiałów podstawowych. Nie przesadzając bowiem o wyższości lub poprawności takiej czy innej metodologii w zakresie prezentacji kosztów i nakładów [elementów kalkulacyjnych ceny], istotne jest czy odpowiednie koszty i nakłady przewidziano na realizację zamówienia, nie zaś w jaki sposób, w których częściach kalkulacji je zaprezentowano. Reguły i mechanizmy właściwe dla rachunkowości, czy zasady kosztorysowania mogą być tu pomocnymi, nie są jednak wiążącą i jedyną formułą przedstawienia elementów kalkulacyjnych ceny. Uznano zatem, że przyjęcie przez Zamawiającego tezy o nieuwzględnieniu w kalkulacji kosztów materiałów pomocniczych jako algorytmu wartości ogólnej tych materiałów [w wysokości niesprecyzowanej przez Zamawiającego, to jest wskazanej w granicach 1-3 % ich wartości], przy twierdzeniu Odwołującego, iż zawarto je w kosztach



materiałów podstawowych a także założeniu w ramach kalkulacji materiałów narzutu kosztów pośrednich i zysku w wysokości 5 % ich wartości nakazuje uznać wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie za miarodajne.

Końcowo, nie podzielono argumentacji Zamawiającego, iż za poprawnością dokonanej oceny wyjaśnień Odwołującego przemawia fakt, iż wyjaśnienia dotyczące posiadanych upustów w cenach materiałów nie zostały poparte żadnym dowodem; Odwołujący nie złożył żadnego dowodu, z którego by wynikało, że te ceny, zawarte w odpowiednich elementach kalkulacyjnych, są prawidłowe. Dostrzeżenia w tym miejscu wymagało, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie wymaga złożenia dowodów przez wykonawcę w ramach zastosowania się do wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co wynika wyraźnie z brzmienia art. 90 ust. 1, a wskazuje jedynie w art. 90 ust. 3, iż wyjaśnienia oraz ewentualnie złożone dowody są podstawą oceny Zamawiającego [tak też: wyrok KIO z dnia 16 września 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1234/09; wyrok KIO z 28 października 2010 r., sygn. KIO/UZP 2242/10].

Podkreślenia dalej wymagało, iż niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, że Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie wskazując na konkretne zarzuty i pozycje; nie sprecyzował, jakie czynniki powinni wyjaśnić Oferenci, pozostawiając im wolną rękę. Powyższe stanowisko Odwołującego, jest o tyle niezasadne, że Zamawiający nie musi dysponować wiedzą znaną tylko wykonawcy, które elementy konstrukcyjne ceny oferty, w taki czy inny sposób skalkulowano, które z nich podlegały obniżeniu i jaka była ku temu przyczyna. To wykonawca posiada stosowną wiedzę w tym zakresie. Nadto wskazania w tym miejscu wymaga, że z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Skutkiem powyższego jest wniosek, że niezależnie od szczegółowości wezwania, ewentualna inicjatywa dowodowa, zakres informacji, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie należą do wezwanego wykonawcy, bowiem to jego zadaniem jest wykazanie że cena nie jest rażąco niska. Zamawiający nie musi precyzować, jak szczegółowe mają być wyjaśnienia, która pozycja wzbudziła wątpliwości - wystarczy wskazanie treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych [tak też: wyrok KIO z 28 października 2010 r., sygn. KIO/UZP 2242/10].

Mając na względzie powyżej zaprezentowaną argumentację, podzielono stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym wykonawca Bud – Inż Spółka z o.o. w Zgierzu nie wykazał, że cena wskazana w jego ofercie ma charakter rynkowy i została skalkulowana w sposób czyniący zadość zasadom uczciwej konkurencji. Nie potwierdziły się zatem zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 91 ust. 1 tej ustawy.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz.U. Nr 41 poz. 238]. Przyznano wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, to jest w kwocie 3.600 zł.

**Przewodniczący:**