

**WYROK**  
z dnia 22 grudnia 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1. EGBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni,**
- 2. BUSKOPOL S.A. z siedzibą w Busku Zdroju;**

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „WODNIK” Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze,**

przy udziale wykonawcy - **Przedsiębiorstwo Gramowscy ATA – TECHNIK Sp. Jawna z siedzibą w Budzynie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Gramowscy ATA – TECHNIK Sp. Jawna z siedzibą w Budzynie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1. EGBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni,**

**2. BUSKOPOL S.A. z siedzibą w Busku Zdroju;**

tytułem wpisu od odwołania,

**2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Gramowsky ATA – TECHNIK Sp. Jawna z siedzibą w Budzynie na rzecz:**

**A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

**1. EGBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni,**

**2. BUSKOPOL S.A. z siedzibą w Busku Zdroju;**

kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania,

**B. Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji „WODNIK” Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze kwotę 4 720 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu i opłaty parkingowej.

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

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. EGBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, 2. BUSKOPOL S.A. z siedzibą w Busku Zdroju, zwani „odwołującym”, wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego - Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji „WODNIK” Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, na roboty budowlane pn. „Kanalizacja sanitarna i sieć wodociągowa - rejon lewobrzeżnych Cieplic” (Kontrakt JG-PR-2011-2.1).

Pismem z dnia 2 grudnia 2011 r., zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Gramowscy ATA – TECHNIK Sp. Jawna z siedzibą w Budzynie oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 przez odrzucenie oferty, mimo, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 90 ust. 1, 2 i 3 przez błędną ocenę złożonych wyjaśnień, stwierdzenie, że wyjaśnienia pozostają niewystarczające i w konsekwencji uznanie, że nie zostały złożone wobec braku dowodów;
- 3) art. 6 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy, art. 190 ust. 1 ustawy przez niewykazanie, że wyjaśnienia odwołującego z dnia 24 listopada 2011 r. nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej;
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 2 przez nieprzedstawienie rzetelnego i pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty;
- 5) art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców, który złożyli oferty w postępowaniu przy ocenie ich wyjaśnień dotyczących ofert.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie decyzji z dnia 2 grudnia 2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty nr 6 złożonej przez Przedsiębiorstwo Gramowscy ATA-TECHNIK Sp. Jawna z siedzibą w Budzynie i odrzuceniu oferty odwołującego;

- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej analizy wyjaśnień odwołującego z dnia 24.11.2011 r. i uznaniu ich za wystarczające w celu stwierdzenia, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- 4) przeprowadzenie dowodu z akt postępowania przetargowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, gdyż zaoferował najniższą cenę i jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Stwierdził, że w przypadku uwzględnienia odwołania, zamawiający będzie zobowiązany do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Podniósł, że w wyniku czynności zamawiającego dokonanych z naruszeniem prawa, może ponieść szkodę rozumianą jako niezyskanie przedmiotowego zamówienia.

Podał, że w dniu 15 listopada 2011 r. zamawiający wezwał go w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia wskazujące precyzyjnie obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W dniu 2 grudnia 2011 r. zamawiający odrzucił ofertę uznając, że odwołujący nie złożył w ogóle wyjaśnień oraz, że wyjaśnienia pozostają niewystarczające i nie zostały poparte żadnymi dowodami.

**I. A.** Odwołujący uznał za nieuzasadnione twierdzenie zamawiającego, że wyjaśnienia są pobieżne i niepoparte przekonującymi i skutecznymi dowodami oraz, że cena ma charakter rażąco niskiej.

Stwierdził, że w wyjaśnieniach podał konkretne czynniki, które wpłynęły na sposób kalkulacji ceny, tj. posiadanie własnych grup specjalistycznych, korzystanie z nowoczesnych rozwiązań technicznych przy użyciu własnego sprzętu niezbędnego do wykonania prac, takich jak: wykonanie przewiertów sterowanych oraz inspekcje TV, co eliminuje konieczność ponoszenia kosztów świadczenia tych usług przez podmioty trzecie i marży stosowanych przez te podmioty.

Podał, że na kalkulację ceny miały wpływ wyniki przeprowadzonej wizji lokalnej przyszłego terenu budowy dotyczące zakresu rurociągów, które będą mogły być układane w jednym poszerzonym wykopie. Wskazana weryfikacja pozwoliła na zastosowanie określonej technologii i organizacji prac, które doprowadziły do oszczędności przy wycenie oferty.

Wskazał długoletnie działanie na rynku robót związanych z wykonywaniem sieci wodnych i kanalizacyjnych, co umożliwia uzyskanie korzystnych stałych rabatów i upustów cenowych na materiały konieczne do realizacji robót.

Stwierdził, że dobra takie jak dobre imię (goodwill - ogół niematerialnych składników przedsiębiorstwa, składających się na jego wartość rynkową), czy też doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how), potwierdzone w referencjach, stanowią składnik majątku przedsiębiorstwa i mogą być zbyte razem z nim.

Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach podał wycenione wartości części robót, które stanowią ok 80% elementów mających wpływ na kalkulację ceny oferty oraz wartość kontraktu. W celu wykazania, że większość cenotwórczych elementów robót została rzetelnie wyceniona, podane wartości zostały zestawione z cenami tych elementów zawartymi w publikowanych biuletynach cen. Ceny wskazane w kolumnie zatytułowanej „Średnie ceny robót z biuletynu cen R+S+M” są cenami publikowanymi cyklicznie w systemie „SEKONCENBUD”. Wartości te są ustalane na podstawie rynkowych badań cen zebranych na terenie Polski. Zatem, obrazują średnie ceny rynkowe poszczególnych rodzajów robót budowlanych stosowane w Polsce.

Porównanie to jednoznacznie wskazuje na rzetelną kalkulację ceny oferty.

Odwołujący uznał, że precyzyjnie wskazał czynniki mające wpływ na sposób kalkulacji ceny, co potwierdza, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

**B.** Odwołujący wskazał, że zamawiający niewłaściwie ocenił wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy twierdząc, że odwołujący nie odniósł się do żadnych czynników z wymienionych w tym przepisie. Nie zgodził się również ze stanowiskiem zamawiającego, że niewskazanie w wyjaśnieniach indywidualnych dostępnych tylko odwołującemu uwarunkowań, uzasadniających wysokość zadeklarowanej ceny, powodowało uznanie, że wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone lub są pobeżne.

**C.** Odwołujący stwierdził, że stanowisko dotyczące obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniu składanym w trybie art. 90 ustawy jest bezpodstawne, gdyż procedura określona w art. 90 ustawy ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy.

Z art. 90 ust. 2 ustawy wynika bowiem, iż podstawę odrzucenia oferty, bez jej ostatecznej merytorycznej oceny, stanowi jedynie brak złożenia wyjaśnień, a nie dowodów.

**D.** W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył art. 6 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy, art. 190 ust. 1 ustawy, gdyż był winien wykazać, że wyjaśnienia są niewiarygodne i stanowisko to powinno zostać należycie i w sposób pełny uzasadnione, zgodnie z regułą rozkładu ciężaru dowodu - art. 6 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy.

Zamawiający nie udowodnił i nie uzasadnił należycie, aby wyjaśnienia nie obalały domniemania zaferowania rażąco niskiej ceny, ograniczając się w uzasadnieniu swojej

decyzji do lakonicznych stwierdzeń, że wyjaśnienia pozostawały pobieżne i niewystarczające.

Zamawiający odrzucając ofertę z powodu rażąco niskiej ceny powinien był dokonać negacji twierdzeń odwołującego, wskazując, że czynniki cenotwórcze podane w wyjaśnieniach obiektywnie nie wpływają na poziom ceny oferty lub nie mogą obiektywnie jej zredukować w stopniu przyjętym w kalkulacji. W przeciwnym wypadku, czynności zamawiającego należało uznać za dowolne - arbitralne i wybiórcze, co stanowi ewidentne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

**II.** Według odwołującego, ocena wyjaśnień została dokonana z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień wykonawców:

- 1) Konsorcjum: WODROPOL S.A., Funam Sp. z o.o. oraz Jan Chroźnowski ZUR-Bil, zwane „Konsorcjum WODROPOL”,
- 2) Przedsiębiorstwo Gramowscy ATA-TECHNIK Sp. J.
- 3) odwołującego.

Wykonawcy złożyli wyjaśnienia w wyznaczonym terminie.

**A.** W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum WODROPOL, zamawiający podał taką samą błędną i niepełną argumentację w zakresie oceny wyjaśnień, jaka została zawarta w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Budzi to wątpliwości w szczególności, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum WODROPOL i odwołującego pozostawały różne.

Mimo, iż w wezwaniu zamawiający zażądał podania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, Konsorcjum WODROPOL w ogóle nie wskazało elementów, które zadecydowały o wysokości ceny oferty. Natomiast odwołujący powołał w wyjaśnieniach dowód w postaci porównania wartości cenotwórczych elementów robót.

Zamawiający przyjął, mimo tego, tożsame uzasadnienie dla oceny wyjaśnień obu wykonawców.

**B.** Przedsiębiorstwo Gramowscy ATA-TECHNIK Sp. J. przedłożyło załącznik zawierający oferty na zasadnicze materiały i usługi o charakterze specjalistycznym. Oferta tej spółki została uznana za najkorzystniejszą. Z uwagi na zastrzeżenie, iż załącznik stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący nie miał możliwości weryfikacji ofert dostawców.

Odwołujący uznał, że brak było podstaw prawnych uprawniających zamawiającego do wymagania by wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia załączając dokumenty, takie jak

przedstawione tylko przez jednego z wykonawców, bez możliwości obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w inny sposób.

Ponadto, Przedsiębiorstwo Gramowscy ATA-TECHNIK Sp. J. poza ofertami potencjalnych dostawców nie wskazało w wyjaśnieniach innych dowodów, które mogłyby stanowić odniesienie do rynkowych cen elementów wycenionych w ofercie.

Także treść załącznika nr 3 do wyjaśnień tego wykonawcy nie zawiera wskazania obiektywnych czynników mających wpływ na wycenę oferty. W załączniku przedstawiono powszechnie znane i dostępne informacje dotyczące obecnego kształtowania się cen oferowanych w postępowaniach na roboty budowlane.

**C.** Decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Weryfikacja wyjaśnień odwołującego na podstawie, przyjętych za poprawne, wyjaśnień Przedsiębiorstwa Gramowscy ATA-TECHNIK Sp. J., jest niedopuszczalna i stanowi naruszenie przepisów, w tym zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

**III.** Odwołujący podniósł, że bezpodstawne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, ponieważ zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Wskazał, że aby cena oferty została uznana za rażąco niską:

a) musi odbiegać od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku bądź też nie pozwalać na utrzymanie rentowności wykonawcy na danym zadaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 88/09, opubl. LEX nr 552013), a więc być ceną pozostającą w rażącej dysproporcji do oferowanego świadczenia;

b) realizacja zamówienia za taką cenę nie jest możliwa;

c) musi być ceną niewiarygodną i nierealną (tzn. ceną, za którą nie można zrealizować danego zamówienia), czy też nie dającą możliwości osiągnięcia zysku (m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia: 5 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 952/09, 11 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 765/08, 27 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 587/08, 29 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 466/08, 11 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 273/08, 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 257/08 i 258/08, 28 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 226/08, opublikowane w Systemie Informacji Prawnej LEX).

Odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia wskazuje, iż o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę.

Ponadto, dokonując oceny, czy cena ma charakter rażąco niski, należało wziąć pod uwagę całokształt okoliczności sprawy oraz wielość czynników, które wpływają na sposób ustalenia ceny przez wykonawcę. Odwołujący stwierdził, w gospodarce rynkowej przyjmuje się - jako

naczelną zasadę - swobodę ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców, z wyjątkiem ich narzucania lub regulowania przez państwo lub inne podmioty. Znajduje to potwierdzenie zarówno w ustawodawstwie (art. 353<sup>1</sup> kc oraz art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o cenach), jak i rzeczywistości gospodarczej.

Stwierdził, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie stanowi jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależna jest od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu.

Sam fakt, że cena zawarta w ofercie Spółki jest niższa od wartości zamówienia (czy też kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) oraz od cen zaoferowanych przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, nie powoduje, że cena ta może być uznana za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie korzystnej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia związane jest wyłącznie z występowaniem obiektywnych czynników umożliwiających Spółce należyte wykonanie całego zamówienia za wskazaną kwotę.

Z dokumentów postępowania, w szczególności z treści ofert - odwołującego oraz pozostałych wykonawców, a także wyjaśnień wynika, że zaoferowana przez odwołującego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Jej wysokość jest wynikiem występowania obiektywnych czynników wpływających na sposób kalkulacji ceny.

**Zamawiający** wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu w zakresie nieuzasadnionego wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust.1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Wskazał przy tym, że wobec zmiany swego stanowiska w tym przedmiocie, oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu pisma podał, że przedwcześnie zastosował tryb wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Powtórnie przeanalizował oferty ze szczególnym uwzględnieniem tendencji w polskiej gospodarce i na rynku budowlanym. Dokonał analizy porównawczej cen robot budowlanych w IV kwartale 2011 r. na podstawie wartości udzielanych zamówień publicznych w różnych branżach budownictwa (ogłoszenia o udzielaniu zamówień). Na podstawie przykładowych zamówień z kraju stwierdził, że wartość udzielanych zamówień waha się w przedziale 40%-80% wartości kosztorysowej robót. Na potwierdzenie dokonanych ustaleń załączył opinię Inżyniera Kontraktu w prowadzonej sprawie.

Na posiedzeniu Izby zamawiający złożył oświadczenie do protokołu, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, łącznie z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.



Uczestnik postępowania odwoławczego - **Przedsiębiorstwo Gramowscy ATA – TECHNIK Sp. Jawna z siedzibą w Budzynie**, przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł na posiedzeniu Izby sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, podnosząc, co następuje. Podtrzymał swoje stanowisko zawarte w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 14 grudnia 2011 r. i stwierdził, że zamawiający dokonał poprawnej oceny wyjaśnień odwołującego w przedmiocie elementów oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, gdyż wyjaśnienia te nie są oparte na żadnych obiektywnych czynnikach kalkulacji ceny, wyjaśnienia odnoszą się do czynników subiektywnych odwołującego, takich jak użycie nowoczesnego sprzętu. Podniósł również, że w pkt 1 wyjaśnień odwołujący podał, iż posiada własne grupy specjalistyczne i wykorzystuje nowoczesne rozwiązania techniczne przy użyciu własnego nowoczesnego sprzętu. Tymczasem w tabeli średnich cen robót oraz cen oferowanych przez odwołującego na str. 3, pozycje 5, 6 i 7, podał ceny ofertowe robót, sprzętu i materiałów wielokrotnie wyższe niż średnie ceny robót z biuletynu cen. Stwierdził, że w tym wyjaśnieniu występuje sprzeczność. Podkreślił również, że odwołujący nie załączył żadnych dowodów, że takie zestawienia rzeczywiście istnieją. Jako przykład wskazał, że cena przewiertów sterowanych podana w pozycjach 5, 6 i 7 tabeli, jako cena średnia SEKOCENBUD'u nie jest ceną średnią obowiązującą na rynku, jest ceną zaniżoną, co potwierdza, iż cena zaoferowana przez odwołującego (znacznie wyższa od cen średnich) może być ceną bardziej realną. Stwierdził, że dane wskazane w pozycjach 5, 6 i 7 tabeli jako średnie ceny robót z biuletynu cen są nieprawdziwe. Na podstawie ustaleń dokonanych w toku sporządzania swojej oferty stwierdził, że ceny średnie wskazane w powyższych pozycjach zbliżone są do cen samych rur, a więc samych materiałów, przy tym przyznał, że nie kwestionuje cen zaoferowanych przez odwołującego we wskazanych pozycjach. Podniósł ponadto, że w pkt 3 strona 2 wyjaśnień - wskazane elementy: jak długoletnie działanie na rynku, doświadczenie zawodowe, posiadanie własnej kadry i wykonywanie robót własnymi siłami w większości, nie stanowią żadnego elementu cenotwórczego, jeżeli nie został konkretnie wskazany wpływ tych czynników na cenę oferty. Przystępujący nie podzielił stanowiska odwołującego, że na zamawiającym ciąży obowiązek dowodzenia, że cena jest rażąco niska, na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy. Wskazał, że obowiązek obalenia domniemania, że cena jest rażąco niska, spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Uznał ponadto, że zamawiający słusznie powziął wątpliwości co do ceny oferty odwołującego, gdyż cena ta stanowi mniej niż połowę środków przewidzianych na realizację zamówienia. Zatem, wykonawca jest zobowiązany do złożenia wyjaśnienia, z którego wynika w sposób przekonywujący dla zamawiającego, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, Obowiązkiem zamawiającego jest właściwe uzasadnienie swojej decyzji, a nie dowodzenie, że cena jest rażąco niska. Stwierdził, że w jego ocenie, zestawienie wyjaśnienia odwołującego z treścią

jego oferty nie stanowiło podstaw do uchylecia domniemania rażąco niskiej ceny. Podniósł, iż nie miało miejsca naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady równego traktowania wykonawców, bowiem wyjaśnienia złożone przez wykonawców były różne, zatem ocena powinna być stosowna do ich treści. Przystępujący stwierdził, że zamawiający na podstawie oferty oraz złożonych przez odwołującego wyjaśnień nie był w stanie dokonać właściwej oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Zatem, w tej sytuacji gdy nie mógł ocenić pod tym kątem oferty, powinien ją odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy obligatoryjnie.

Przed zakończeniem rozprawy przystępujący podniósł, że ceny zaoferowane przez odwołującego podane w tabeli w pozycji 5, 6 i 7 wyjaśnień są wyższe od cen jakie uzyskał przystępujący od zewnętrznego wykonawcy (R+S+M), co świadczy, że odwołujący złożył niekonsekwentne wyjaśnienia podając ceny wyższe i uzasadniając, iż na cenę oferty wpłynęły czynniki wskazane w pkt 3 wyjaśnień.

**Na podstawie akt sprawy, dokumentacji postępowania i przeprowadzonej rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną. Zatem, spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do trzech wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, o udzielenie wyjaśnień w określonym terminie, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ceny ofert tych wykonawców kształtowały się następująco:

odwołującego 25 335 834, 62 zł, przystępującego 29 307 289,52 zł oraz konsorcjum firm WODROPOL S.A. 31 327 916,79 zł.

Zamawiający nie określił w wezwaniu wymagań związanych ze złożeniem wyjaśnień pozostawiając wykonawcom swobodę w tym zakresie. Podał w piśmie, że wykonawca na własną odpowiedzialność przedstawia te informacje, które uważa za istotne w świetle wymagań zamawiającego wskazanych w SIWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu. Zaprezentowane informacje oraz stopień ich szczegółowości muszą określać sposób i metodologię kalkulacji ceny oferty oraz umożliwić wykazanie, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, w szczególności na własny potencjał techniczny - sprzętowy i park maszynowy z nowoczesnymi i ekonomicznymi maszynami, dokonanie wizji lokalnej terenu budowy, a także swoje doświadczenie na rynku, w tym możliwości korzystania ze stałych rabatów i upustów cenowych podając, że koszty materiałów mogą zostać

zredukowane średnio o 40%. Przedstawił tabelaryczne porównanie średnich cen robót z biuletynu cen (R+S+M), z cenami zawartymi w ofercie, w 12 pozycjach przedmiotowego zakresu wchodzącego w realizację zamówienia. Podniósł również, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na 32 420 491 zł (netto), natomiast wartość oferty wykonawcy wynosi 20 598 187,95 zł (netto). Wskazał na orzecznictwo KIO, z którego wynika, że porównanie ceny oferty wykonawcy do wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT, jest nieadekwatne.

Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy przystępującego do postępowania, zaś ofertę odwołującego odrzucił, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy. W uzasadnieniu pisma wskazał, że ciężar dowodzenia i wykazania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską, spoczywa na wykonawcy. Uznał, że złożone wyjaśnienia odnośnie własnych grup specjalistycznych, nowoczesnego sprzętu, bogatego parku maszynowego, długoletniego doświadczenia wykonawcy oraz stale korzystanie z rabatów i upustów cenowych od dostawców materiałów, nie zostały poparte żadnymi dowodami, np. nie załączono ofert dostawców materiałów, które decydowałyby o konkurencyjności oferty, a więc nie zasługują na uwzględnienie. Dwukrotnie podkreślił, że stanowisko wykonawcy powinno być potwierdzone dowodami, które przekonałyby i upewniły zamawiającego, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty. Stwierdził ponadto, że odwołujący nie odniósł się do żadnych z wymienionych w art. 92 ust. 2 ustawy czynników, ani nie przedstawił z udokumentowaniem wystarczająco dokładnie żadnych innych czynników, wpływających na wysokość zaoferowanej ceny. Stwierdził więc, że wyjaśnienia nie zostały w ogóle złożone.

W ocenie Izby, słusznie zamawiający uznał uwzględniając zarzuty przedstawione w odwołaniu, że w kontekście wezwania do złożenia wyjaśnień, wyjaśnienia odwołującego nie zostały właściwie ocenione.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w określonym terminie, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W orzecznictwie pojawiają się poglądy, że jest to uprawnienie zamawiającego i tryb o charakterze wyłącznie wyjaśniającym, jak również, że jest to obowiązek, którego konsekwencją są określone skutki prawne.

Z opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że „w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny” ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) opinie prawne).

Należy więc uznać, że w każdej sytuacji, gdy cena oferty wskazuje na rażąco niską, zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić stosowną procedurę.

Przepis nie precyzuje zakresu wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę, jedynie z art. 90 ust. 2 ustawy wynika, jakie czynniki zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy.

W doktrynie oraz orzecznictwie sądowym i arbitrażowym wyrażane są poglądy, że prawidłowa ocena wyjaśnień wykonawcy jest możliwa wówczas, gdy zamawiający wskazuje w wezwaniu zakres budzący jego wątpliwości.

Również ze wskazanych przepisów art. 90 ust. 1 i 2 ustawy nie wynika obowiązek złożenia przez wykonawcę dowodów na potwierdzenie wyjaśnień. Dopiero przepis art. 90 ust. 3 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami (sformułowanie wskazuje uznaniowość wykonawcy w zakresie dostarczenia dowodów) potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zatem, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie wskazanego przepisu, zobowiązany jest wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku spoczywa na zamawiającym, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień. W piśmie o odrzuceniu oferty zamawiający nie podał, że dokonał oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, natomiast jako pierwszoplanową podstawę jej odrzucenia wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, który zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wykazał spełnienia tej przesłanki.

W ocenie Izby, przystępujący - uczestnik postępowania odwoławczego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, również nie wykazał na rozprawie, iż stanowisko zamawiającego jest zasadne. Powoływał się na tabelę zawierającą zestawienia cenowe, zamieszczoną w wyjaśnieniach odwołującego, jednakże podkreślił, że nie podważa zaoferowanych przez odwołującego cen w pozycjach 5, 6 i 7 tabeli, a jedynie stwierdza, że ceny przyjęte z biuletynu cen są zaniżone. Wskazał również na brak dowodów w wyjaśnieniach oraz wewnętrzną ich sprzeczność.

Zdaniem Izby, w celu uznania czynności odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, za zasadną, strona wskazująca cenę jako rażąco niską, jest zobowiązana udowodnić, że cena oferty spełnia tę przesłankę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy) lub, że wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę potwierdzają rażąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy), co nie miało miejsca w rozpoznanej sprawie.

W orzecznictwie sądowym wskazuje się na fakt, że brak jest przeszkód, by zamawiający zwrócił się powtórnie do wykonawcy w celu udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty.

Reasumując powyższe, Izba uznała na podstawie odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska przedstawionego na posiedzeniu i rozprawie, że zamawiający dokonał badania ofert pod kątem zaoferowanych cen.

Uwzględniając odwołanie, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy (naruszenie przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania), Izba nakazała zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert wraz z ofertą odwołującego, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy oraz § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a, b, a także § 5 ust. 2 pkt 2 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). Izba uwzględniła uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika 3 600 zł, noclegu 1 030 zł i opłaty parkingowej 90 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:**